Die Rechtsnatur

der erlöschenden Hypothek nach dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung, unter besonderer Berücksichtigung der Höchstbetragshypothek.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Albert Ludwigs-Universität Freiburg

vorgelegt von

Clemens Korff

Gerichtsreferendar.

Referent: Geheimer Hofrat Professor Dr. Merkel.

J. C. Erhardt, Springe

1934.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Meinen Eltern!

Einteilung.

I. Einleitung.

Die Probleme, mit denen sich diese Arbeit befaßt, Höchsthypothek, Zwangsversteigerungsverfahren, Rechtsnatur der Hypothek nach dem Zuschlag usw. sind in den letzten 34 Jahren des Bestehens des BGB. und des ZVG. oft behandelt worden. Die theoretische Erörterung dieser Fragen hat in den letzten Jahren stark nachgelassen. Das liegt weniger an einer etwaigen restlosen Klärung der betreffenden Rechtsfragen als vielmehr daran, daß sich im Verlauf der Jahre eine feste Praxis in der Behandlung dieser Gebiete herausgebildet hat. Auch standen bei der Hochflut neuer Gesetze in den letzten Jahren wichtigere Probleme im Vordergrund.

Wir stehen jetzt abermals vor einer umwälzenden Gesetzesreform und Gesetzesänderung. Das neue Recht soll weniger der Verwirklichung theoretischer Gedankengänge als der Befriedigung praktischer Bedürfnisse dienen. Gleichwohl wird es einer theoretischen Begründung nicht entbehren können.

So erschien es angebracht und zweckmäßig, die Ergebnisse einer bald 35jährigen Forschung zusammenzustellen und kritisch zu würdigen. Der Rahmen dieser Arbeit gebot Beschränkung auf ein Teilgebiet. Innerhalb dieses Teilgebietes aber ist alles, was an Quellen vorhanden ist, herangezogen worden, um so eine möglichst erschöpfende Zusammenstellung aller Meinungen und Ansichten zu bieten.

Ziel der Arbeit war, durch Betrachtung eines Einzelfalles, der Höchstbetragshypothek, die Richtigkeit einer Lehrmeinung im Gebiete des Zwangsversteigerungsrechtes nachzuweisen, die die praktisch brauchbarsten Ergebnisse mit theoretisch einwandfreien Gedankengängen vereint.

II. Erster Hauptteil:

Die Höchstbetragshypothek.

1. Geschichtliches und wirtschaftliche Notwendigkeit der Hypothek.

Die Sicherung obligatorischer Forderungen durch dingliche Verpfändung von Mobilien oder Immobilien des Schuldners ist zu allen Zeiten und in allen Rechtssystemen üblich gewesen. Eine besonders große Rolle hat dabei stets das Immobiliarpfandrecht gespielt, da der Pfandgegenstand durch seine Unbeweglichkeit und durch seinen meist erheblichen Wert eine bessere Sicherheit bot. Diese Bedeutung des Immobiliarpfandrechts ebenso wie die besondere Natur des Pfandgegenstandes, die die Ausbildung eines Faustpfandes wie bei den Mobilien nicht zuließ, führte dazu, das Immobiliarpfandrecht mit ganz besonders formstrengen Regeln zu versehen. Während bei der Verpfändung von Mobilien die Uebergabe des Pfandgegenstandes an den Pfandgläubiger genügte, um die Rechte des Pfandgläubigers zu wahren, mußten die Verpfändungen des Grundbesitzes zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden, um dem Pfandgläubiger die gleiche Sicherheit zu gewähren. Das geschah schon im älteren deutschen Recht durch die Bestellung von Hypotheken, die in öffentliche Bücher eingetragen werden mußten. Nach dem Einbruch des römischen Rechtes, das keinen Unterschied zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht kannte, blieb der deutsch-rechtliche Gedanke in einigen Partikularrechten bestehen und wurde bei Schaffung des BGB. wieder zu voller Geltung gebracht [1]).

Den Vorteilen, die das System der Eintragung in öffentliche Bücher für die Sicherheit des Rechtsverkehrs bot, standen aber schwerwiegende Nachteile gegenüber. Das Verfahren war umständlich und zeitraubend, und so wurden die Rechtsregeln des Immobiliarpfandrechtes starr und unbeweglich. Die wirtschaftlichen Verhältnisse dagegen wurden immer vielseitiger und verwickelter und ließen das Bedürfnis hervortreten, neben die gewöhnlichen Hypotheken eine Hypothek zu stellen, die beweglicher gehalten war. Die gewöhnliche Hypothek reichte wohl aus, eine feststehende gegenwärtige oder künftige Forderung zu sichern. Sie versagte aber dann, wenn es sich um die Sicherung von Forderungen handelte, deren Höhe einem ständigen schnellen Wechsel unterworfen war. Derartige Forderungen entstanden aus den verschiedensten Anläßen. Es war notwendig, auch diese Forderungen, um deren Gläubiger nicht zu benachteiligen, durch Bestellung von Grundpfandrechten irgendwie sichern zu können. Diese Grundpfandrechte mußten natürlich beweglicher gehalten sein, damit die durch sie herbeigeführte Sicherung in jedem Augenblick dem tatsächlichen Bestand der Forderungen angepaßt war. Die zeitraubenden Umschreibungen im Grundbuch mußten für sie auf ein Minimum herabgedrückt werden.

---

[1]) Wolff, Sachenrecht, § 26 und § 129.

So gelangte man zur Schaffung der Kautionshypotheken, die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in den verschiedensten Partikularrechten gesetzlich verankert waren. Aus ihnen ist dann die Höchstbetragshypothek des BGB. hervorgegangen.

2. Die Rechtsnatur der Höchsthypothek.

a) Höchsthypothek = unbedingte Belastung in Höhe des Höchstbetrages.

Die Höchsthypothek findet ihre gesetzliche Regelung im § 1190 BGB., der lautet:

> „Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden.
>
> Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.
>
> Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist.
>
> Die Forderung kann nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen."

Obgleich die Höchstbetragshypothek des BGB. eine Fortentwicklung der Kautionshypothek der alten Partikularrechte ist [2]), besteht doch ein tiefgreifender Unterschied zwischen den alten Kautionshypotheken und der heutigen Höchstbetragshypothek. Bei der Kautionshypothek war die Höhe der dinglichen Belastung des Grundstücks abhängig von der Höhe der Forderung. Bis zur vorbehaltenen Feststellung der Forderungen war die Höhe, in der das Grundstück haftete, ungewiß und veränderlich. Es stand lediglich fest, bis zu welchem Höchstbetrage das Grundstück evtl. belastet werden könnte. Die Kautionshypothek bestand demnach gewissermaßen aus einzelnen Teilen, für jede Forderung entstand ein neuer Teil der Hypothek. Dies kam schon darin zum Ausdruck, daß der Rang dieser einzelnen Teile sich nach der Entstehung der Forderung richtete. Blieb der Betrag der gesicherten Forderungen bei der Feststellung hinter dem Höchstbetrag zurück, so fiel die dingliche Belastung in Höhe der Differenz weg. Das Grundstück wurde insoweit frei. Das hatte u. a. zur Folge, daß im Subhastationsverfahren der freiwerdende Erlös den nachstehenden Gläubigern zufiel.

Im Gegensatz dazu bewirkt die Höchsthypothek eine Bindung des Grundstückes und eine dingliche Belastung desselben in voller Höhe des Höchstbetrages im Augenblick des Entstehens der Hypothek. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, über diese Tatsache besteht daher in Literatur und Rechtsprechung auch keinerlei Zweifel. Die Höhe der dinglichen Belastung ist also unabhängig davon, ob dem Hypothekar aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer schon Forderungen zustehen oder

---

[2]) RG. 49, 164; 52, 61.

nicht. Die Höhe dieser Forderungen ist nur bedeutungsvoll für die Frage, wem die Grundstücksbelastung zusteht, ob dem Eigentümer oder dem Gläubiger.

b) Unterschied zwischen der Höchsthypothek und anderen Hypotheken, die vorbehaltene Feststellung.

Die Höchstbetragshypothek zeigt gegenüber den gewöhnlichen Hypotheken eine ganze Reihe von Besonderheiten.

Sie ist kraft Gesetzes stets eine Sicherungshypothek.

Die Sicherungshypothek nach § 1184 B. G. B. unterscheidet sich von der Verkehrshypothek einmal dadurch, daß sie nur eine Buchhypothek sein kann, zum anderen dadurch, daß für das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur der tatsächliche Bestand seiner Forderung und nicht die Eintragung im Grundbuch maßgebend ist. Der Gläubiger kann sich also hinsichtlich der Forderung nicht auf die Eintragung im Grundbuch berufen, sein guter Glaube wird nicht geschützt.

Die Besonderheit der Höchstbetragshypothek gegenüber anderen Sicherungshypotheken liegt nun darin, daß der Betrag der Forderung, für den das Grundstück auf Grund der Hypothek dem Gläubiger haften soll, im Zeitpunkt der Bestellung noch nicht feststeht. Vielmehr wird die Feststellung des Betrages auf einen späteren Zeitpunkt verschoben, sie wird zunächst vorbehalten.

Dieser Vorbehalt ist für die Höchstbetragshypothek begrifflich notwendig. Steht der Betrag der Forderungen schon z. Zt. der Bestellung der Hypothek unbedingt fest, dann kann dafür eine Höchstbetragshypothek nicht bestellt werden [3]).

Ebenso wie der Betrag braucht auch der Grund der Forderung bei der Errichtung der Höchstbetragshypothek noch nicht festzustehen, er kann ebenfalls einer späteren Feststellung vorbehalten bleiben. Lediglich der Höchstbetrag der gesicherten Forderung und der Gläubiger müssen feststehen, nur sie brauchen eingetragen zu werden.

Nach § 1113 Abs. 2 BGB. ist es allerdings möglich, für eine Forderung, deren Betrag z. Zt. der Errichtung der Hypothek noch nicht feststeht, oder für eine Forderung, die erst künftig möglich ist, auch eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder sogar eine Verkehrshypothek einzutragen [4]). Ebenso kann der Entstehungs g r u n d der Forderungen noch in der Zukunft liegen. Unter diesen Umständen kann auch eine Verkehrshypothek nach Art einer Höchsthypothek bis zum Betrage des eingetragenen Kapitals und der eingetragenen Zinsen zur Sicherung einer ihrer Höhe nach unbestimmten und wechselnden Forderung (vor allem im Kontokorrentverkehr) bestellt werden [5]). Doch ist in allen diesen Fällen im Grundbuch ein bestimmter Betrag und ein bestimmter Grund einzutragen, sodaß die Hypotheken-

---

[3]) vgl. Achilles-Greif, Anm. 2 zu § 1190, RG. 51, S. 117; RG. in Warn. 7, Nr. 291; a. A. KG. in KGJ. 34 S. 320 ff.; doch ist diese Ansicht bedenklich, sie führt zu einer Verwischung der Unterschiede zwischen Höchsthypotheken und anderen Sicherungshypotheken. Ebenso Planck, Anm. 1 zu § 1190, nach ihm ist damit „die Forderung als für den Grundbuchverkehr nicht feststehend hingestellt."

[4]) Staudinger, Anm. 2 zu § 1190.

[5]) Staudinger, Anm. I 5 zu § 1113; Planck, Anm. 5 g zu § 1113.

forderung für den Grundbuchverkehr als nach Grund und Höhe bestimmt dasteht. Ein Vorbehalt der Feststellung oder die Eintragung „bis zum Höchstbetrage von X,— Mark“ sind bei einer Verkehrshypothek ausgeschlossen, während sie bei einer Sicherungshypothek bewirken, daß die Hypothek ohne weiteres zu einer Höchsthypothek wird.

Die Eintragung einer Verkehrshypothek oder einer gewöhnlichen Sicherungshypothek für dem Grunde und der Höhe nach nicht feststehende oder gar wechselnde Forderungen dürfte allerdings in den meisten Fällen auch unpraktisch sein. Es würde bei der Verkehrshypothek, wegen des Grundsatzes des guten Glaubens, ein ständiges Aendern des Grundbuchs erforderlich sein. Bei der Sicherungshypothek wäre das wegen ihrer strengen Akzessorietät zwar nicht unbedingt erforderlich, doch würde bei ihr der Gläubiger einiger Vorteile der Höchstbetragshypothek verlustig gehen, die diese Hypothek für die Bestellung zur Sicherung wechselnder Forderungen besonders geeignet machen. So ist z. B. bei der Höchsthypothek im Gegensatz zu allen anderen Hypotheken die Sonderabtretung der Forderung ohne Abtretung der Hypothek, möglich. (§ 1190 Abs. 4 — § 1153 BGB.).

Praktisch liegt der Hauptunterschied zwischen der Höchsthypothek und anderen Hypotheken, wenn sie für noch unbestimmte Forderungen bestellt werden, in der Frage der Beweislast. Bei der Höchsthypothek muß bis zur Feststellung der Gläubiger beweisen, daß und in welcher Höhe gesicherte Forderungen entstanden sind. Bei den anderen Hypotheken muß der Schuldner, wenn er eine Eigentümergrundschuld geltend machen will, nachweisen, in welcher Höhe gesicherte Forderungen nicht entstanden, bzw. wieder erloschen sind. Es ergibt sich also, daß wohl eine ständig wechselnde Forderung rechtlich die Grundlage einer gewöhnlichen Hypothek bilden kann, daß aber nicht für eine feststehende Forderung eine Höchstbetragshypothek bestellt werden kann.

Ist das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung die Höchsthypothek bestellt ist, beendet, oder wünscht der Hypothekengläubiger aus irgend einem Grunde, daß die weiteren Forderungen aus diesem Rechtsverhältnis nicht mehr unter die Sicherung der Hypothek fallen, dann kann festgestellt werden, in welcher Höhe die Höchstbetragshypothek dem Hypothekengläubiger für seine Forderungen endgültig haftet. Vor der Beendigung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses kann eine Feststellung gegen den Willen des Gläubigers nicht erfolgen, sonst würde ihm, ohne rechtlichen Grund, die Sicherung entzogen, auf Grund deren er dem Schuldner Leistungen versprochen oder gegeben hat. Die Feststellung muß daher durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschehen. Auch nach Beendigung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses wird die Feststellung grundsätzlich durch freien Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner vorgenommen. Nur wenn über die Höhe der durch die Hypothek gesicherten Forderungen Streit besteht, oder wenn nach Beendigung des Rechtsverhältnisses der Gläubiger sich weigert, die Feststellung vorzunehmen, tritt an die Stelle des Vertrages ein Urteil [6]).

---

[6]) so die herrschende Lehre, vgl. Planck Anm. 2c zu § 1190; Strecker, a. a. O. S. 467; KG. in OLG. 15, S. 386; OLG. 20, S. 415; KGJ. 43, S. 238; 35, S. 320; D. Not. V. 29, S. 36 a. A. ohne nähere Begründung: Wolff, Sachenrecht, § 153 III.

Aber auch in diesem Falle geht ja die Initiative zum Vorgehen des Gerichtes von einem der Vertragspartner aus. Ohne oder gar gegen den ausdrücklichen Willen beider Vertragsparteien kann jedoch eine Feststellung weder vor noch nach Beendigung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses erfolgen.

Dieser Grundsatz ist wichtig für die Schlußfolgerungen, die für den Bereich des Zwangsversteigerungsverfahrens daraus zu ziehen sind, da sich im Rahmen dieser Arbeit die Frage erhebt, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt im Zwangsversteigerungsverfahren die vorbehaltene Feststellung notwendig zu erfolgen hat. Diese Frage soll später in anderem Zusammenhang geprüft werden.

c) Rechtsnatur der Höchsthypothek nach der Feststellung.

Die Feststellung hat zur Folge, daß ein weiteres Anwachsen des Kreises von Forderungen, der durch die Höchsthypothek gesichert werden soll, unmöglich ist. Aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis können natürlich u. U. noch weitere obligatorische Forderungen entstehen, für sie haftet jedoch die Höchsthypothek nicht mehr. Insoweit geschützte Forderungen entstanden sind, entsteht mit der Feststellung innerhalb des Rahmens der Höchsthypothek eine feste unveränderliche Hypothek [7]) des Gläubigers, die sich nicht mehr vergrößern kann. Dies ergibt sich einwandfrei aus der Tatsache, daß für die Höchstbetragshypothek als Abart der Sicherungshypothek die allgemeinen Regeln des Hypothekenrechts gelten. Nach § 1184 BGB. steht dem Gläubiger eine Sicherungshypothek, also auch eine Höchstbetragshypothek nur soweit zu, wie er Forderungen gegen den Schuldner aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis hat. Es bleibt eine Differenz zwischen dem Betrag der Forderungen und dem eingetragenen Höchstbetrag, der sog. nicht valutierte Teil der Höchsthypothek. Dieser überschießende Rest kann nicht als selbständige Höchsthypothek bestehen bleiben [8]), seine Rechtsnatur wird vielmehr durch § 1163 BGB. geregelt, der bestimmt, daß die Hypothek im Falle des Nichtentstehens der Forderung oder im Falle des Wiedererlöschens dem Eigentümer zusteht. Die Anwendung des § 1163 BGB. n a c h der Feststellung der Forderung folgt also ohne weiteres aus dem Wesen der Höchsthypothek als Hypothek [9]).

---

[7]) und zwar einer Sicherungshypothek. Soll sie Verkehrshypothek werden, so ist Einigung und Eintragung erforderlich, §§ 873, 877 BGB. RG. 49, S. 164.

[8]) vergl. Huth a. a. O. a. A. Kretzschmar, Sachenrecht, Anm. 6 zu § 1190

[9]) auch Theorie und Rechtsprechung sind daher fast einhellig dieser Ansicht. A. A. Kretzschmar, Sachenrecht, Anm. 6 zu § 1190. Nach seiner Ansicht kann sich der nicht valutierte Teil der Höchsthypothek nach der Feststellung nur dann in eine Eigentümergrundschuld verwandeln, wenn feststeht, daß auch keine Zinsen mehr entstehen, da die Zinsen nach § 1190 Abs. 2 BGB. in den Höchstbetrag eingerechnet werden. Der nicht valutierte Teil müsse daher bis zur Beendigung der Verzinsung noch dem Gläubiger zustehen. Kretzschmar verkennt hier, daß nach der Feststellung auf die Zinsen für die Fremdhypothek der § 1118 BGB. Anwendung findet.

Denn jetzt, nach der Feststellung, ergibt sich, in welcher Höhe Forderungen, die die Hypothek sichern sollen, nicht entstanden bzw. inwieweit sie wieder erloschen sind. Wollte man annehmen, daß der nicht valutierte Teil der Hypothek auch nach der Feststellung Höchsthypothek bliebe, so würde man damit für das Gebiet der Höchsthypothek den § 1163 BGB. praktisch außer Kraft setzen, denn dann würde eine endgültige Eigentümergrundschuld erst entstehen, wenn der Hypothekengläubiger auf den nicht valutierten Teil ausdrücklich verzichtet.

Für diese Abweichung vom Gesetz ist aber eine rechtliche oder praktische Notwendigkeit besonders dann nicht zu erblicken, wenn man sich die Tatsache vor Augen hält, daß die Feststellung grundsätzlich nur durch Vertrag erfolgen kann. Dann ist mit der Feststellung die Erklärung des Gläubigers verbunden, daß er auf den nicht valutierten Teil der Höchsthypothek keinen Wert mehr lege, anderenfalls hätte er ja die Feststellung nicht vorzunehmen brauchen.

Der nicht valutierte Teil der Höchsthypothek fällt also nach der Feststellung an den Eigentümer und zwar als Eigentümergrundschuld, nicht als Eigentümerhypothek. Diese beiden Rechtsinstitute werden vielfach verwechselt, obgleich sie zwei ganz verschiedene Begriffe sind. Eine Eigentümerhypothek entsteht nur dann, wenn die Hypothek an den Eigentümer fällt, die Forderung aber bestehen bleibt. Dies geschieht nur sehr selten[10]). In den meisten Fällen, so auch nach § 1163 BGB. entsteht gemäß § 1177 BGB. eine Eigentümergrundschuld, da der Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer gerade dadurch hervorgerufen wird, daß eine Forderung nicht entstanden oder wieder erloschen ist. Der Wortlaut des § 1163 BGB. („die Hypothek geht auf den Eigentümer über") scheint allerdings für eine Eigentümerhypothek zu sprechen, doch dürfte es sich dabei nur um eine sprachliche Ungenauigkeit des Gesetzes handeln, die die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld nicht genügend zum Ausdruck bringt[11]).

Das Ergebnis dieser Betrachtungen ist also: Die Höchstbetragshypothek ist eine unbedingte Belastung des Grundstücks in Höhe des Höchstbetrages, deren Besonderheit darin besteht, daß die Feststellung der Höhe der Forderung, für die die Hypothek haftet, vorbehalten wird. Die Feststellung erfolgt durch Vertrag oder Urteil. Nach der Feststellung wird der nicht valutierte Teil Eigentümergrundschuld[12]).

---

[10]) Nach KG. in KGJ. 25, S. 299 kann eine Eigentümerhypothek überhaupt nur auf Grund Gesetzes, nicht kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung des Eigentümers entstehen.

[11]) Staudinger Anm. IIa—c zu § 1177 unterscheidet allerdings zwischen Eigentümerhypotheken „im engeren Sinne", das sind die Forderungsentkleideten, die z. B. nach § 1163 entstehen, und Eigentümerhypotheken „im weiteren Sinne", d. s. Forderungsbekleidete. M. E. darf aber der Begriff der Grundschuld nicht mit dem der Hypothek vermischt werden; eine Hypothek setzt stets eine Forderung voraus, eine Hypothek ohne Forderung ist Grundschuld. Staud. bringt a. a. O. auch Beispiele für forderungsbekleidete Eigentümerhypotheken.

[12]) Auf die Frage der Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld, die auch umstritten ist, soll weiter unten in anderem Zusammenhang kurz eingegangen werden.

d) Rechtsnatur der Höchsthypothek während der Schwebezeit.

Die Rechtslage nach der Feststellung ist somit klar. Streitig ist dagegen die rechtliche Auffassung der Höchsthypothek während der Schwebezeit, also in der Zeit zwischen Bestellung und Feststellung. Es bestehen darüber im wesentlichen zwei Theorien, die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek und die der ursprünglichen Eigentümergrundschuld.

α) Aeltere Theorie: ursprüngliche Gläubigerhypothek.

Die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek hat nach Einführung des BGB. zunächst jahrelang Literatur und Rechtsprechung beherrscht [13]), und wird auch heute noch vereinzelt vertreten [14]).

Sie besagt: Die Höchstbetragshypothek steht von vornherein vom Augenblick der Bestellung an dem Gläubiger als Gläubigerhypothek zu. Erst nach der Feststellung geht die Hypothek in Höhe des nicht valutierten Teiles auf den Eigentümer als Eigentümergrundschuld über. Hier entsteht aber schon sofort eine neue Streitfrage, und zwar ist unklar, wem die Grundschuld zusteht in dem Falle, daß das Grundstück zwischen Bestellung und Feststellung seinen Eigentümer wechselt. In Frage kommen der Eigentümer z. Zt. der Bestellung und derjenige z. Zt. der Feststellung.

Das Gesetz spricht in § 1163 BGB. nur von dem Eigentümer, darunter wäre streng logisch der Eigentümer z. Zt. der Entstehung der Eigentümergrundschuld, d. h. also der Eigentümer z. Zt. der Feststellung zu verstehen. Dieser Standpunkt wird daher auch von verschiedenen Theoretikern eingenommen [15]). Es läßt sich aber nicht verkennen, daß diese Ansicht zu unbilligen Folgen führt, wenn die Höchst-

---

[13]) Biermann, Bem. 4b zu § 1190 und Bem. 3a zu § 1113; Goldmann-Lilienthal, § 81 II 1 und Anm. 53; § 80 II 1a und Anm. 18; Sternberg, Iherings Jahrb. 62, 428; Beck, a. a. O. S. 51 ff.; Crome § 484; Dernburg § 243, 8; Turnau-Förster I 10 zu § 1190; Schreiber, Sächs. Arch. S. 334 und Schuld u. Haftung S. 332, Oberneck, Grundbuchrecht, § 153, 7; ders. Gruchot 47 S. 330; von Henle, Recht 1906, S. 69; Horn, a. a. O., S. 84 ff.; Kretzschmar, Zbl. FG. 15. Jahrg. S. 37 ff.; ders. Sachenrecht Anm. 6 zu § 1190; ders. in Seuff. Bl. 72, S. 45; Müller-Meikel, a. a. O. § 279; Bruck a. a. O. S. 181/182; RG. 51, 117; 61, 42; Gruchot 48, 606; 52, 1070; JW. 08, S. 555; OLG. Rspr. 4, 74, 377; 11, 210; 16, 329; 18, 183; 26, 198; Seuff. A. 58 Nr. 56; 62 Nr. 220; Zbl. FG. 3, S. 466 Annal. Sächs. OLG. 23, S. 140; KGJ. 28, A. S. 269; 35, A. S. 317; 29, B. S. 50; KGE. 30, S. 243; KG. in OLG. Rspr. 15, S. 386; 20, S. 415. Ursprünglich auch Reinhard Recht 1902, S. 33. Später anders, s. u. Für das alte Recht wurde der Standpunkt, daß eine Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung ursprüngliche Gläubigerhypothek sei (Höchsthypotheken im heutigen Sinne gab es damals nicht) vertreten von: Endemann, Zeitschr. f. Hand. Recht, 4, S. 211; Grünhut f. Zeitschr. 3, S. 497, 532; Dernburg, Pfandr. 1, S. 513 ff. 527, 535. Der ältere Standpunkt dürfte daher auch auf historischen Gründen beruhen.

[14]) vgl. Güthe-Triebel, Anm. 14 zu § 22; Bourier, a. a. O.

[15]) Kretzschmar, Zbl. FG. 4 a. a. O.; von Henle, Recht, 1906, S. 69/70; Bourier, a. a. O.; Reinhard, Recht 1902, S. 33, (nach seiner alten Stellungnahme).

hypothek beim Verkauf als Gläubigerhypothek gewertet und demgemäß vom Kaufpreis abgesetzt wird. Würde dann bei der Feststellung die Eigentümergrundschuld dem Eigentümer z. Zt. der Feststellung zufallen, so würde ihm ohne Rechtsgrund ein Vorteil erwachsen. Der Besteller der Hypothek könnte nur auf dem Wege über § 816 BGB. zu seinem Recht kommen.

Aus diesem Grunde vertritt die überwiegende Mehrzahl der Theoretiker die Ansicht, daß die Grundschuld mit rückwirkender Kraft für den Eigentümer z. Zt. der Bestellung entstehe [16]). Es wird fingiert, daß die Eigentümergrundschuld von vornherein in der Höhe, die sich bei der Feststellung ergibt, dem Besteller zugestanden hat. Einige Schriftsteller unterscheiden hier noch zwischen der Eigentümergrundschuld nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 1 Satz 2 BGB.[17]). Die erstere soll dem Eigentümer z. Zt. der Bestellung die letztere demjenigen z. Zt. des Erlöschens zustehen. Es ist klar, daß die Anwendung dieses Grundsatzes bei einem Kontokorrentverkehr und bei mehrfachem Wechsel des Grundstückes zu sehr verwickelten Rechtsverhältnissen führen würde. Die Konstruktion scheitert daher schon an ihrer praktischen Unbrauchbarkeit.

Es erübrigt sich, hier näher auf diese Streitfrage einzugehen, da die ganze Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek sich nicht halten läßt trotz der zahlreichen Gründe, die von ihren Anhängern für sie ins Feld geführt werden. Die Verfechter der älteren Lehre gehen bei ihrer Begründung hauptsächlich vom Wortlaut des Gesetzes aus. Sie sagen [18]): Die Höchsthypothek sei eine Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung in der Art, wie sie in § 1113 Abs. 2 BGB. geregelt sei. Der Ausdruck „Hypothek" in diesem Absatz beziehe sich auf die im Absatz 1 erwähnte Gläubigerhypothek, womit also feststehe, daß die in § 1113 Abs. 2 gemeinte Hypothek eine ursprüngliche Gläubigerhypothek sein solle. Es sei damit gesagt, daß eine künftige oder bedingte Forderung eine ausreichende Grundlage für die Gläubigerhypothek sei. Auch der Wortlaut des § 1163 BGB. deute darauf hin, daß eine ursprüngliche Gläubigerhypothek anzunehmen sei, denn die Wahl des Perfektums: „Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt" verlange bei der Höchsthypothek die Feststellung, bevor eine Eigentümergrundschuld entstehen könne. Erst nach der Feststellung ergebe sich, daß eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei und erst dann könne eine Eigentümergrundschuld entstehen. Sollte diese schon vorher entstehen, so müßte es heißen: „Ist eine Forderung noch nicht zur Entstehung gelangt", und so müßte auch der Gesetzestext lauten, wenn man ein Entstehen der Eigentümergrundschuld während der Schwebezeit annehmen wolle, in Anlehnung an Absatz 2 von § 1163 BGB. Gerade dieser Gegensatz zwischen Abs. 1 und Abs. 2

---

[16]) Jaeckel, Zbl. FG. 4 a. a. O.; Biermann Anm. 4 zu § 1190; Turnau-Förster, Bem. 10 zu § 1190; Oberneck, Gruch. 47, 330; Horn, a. a. O., S. 82; RG. 55; 222; und Zbl. FG. 4, 111; OLG. Dresden, Zbl. FG. 3, 466; dass. Seuff. Archiv 62, Nr. 220.

[17]) Kretzschmar, Sachenrecht, Anm. 6 zu § 1190; Müller-Meikel a. a. O. § 279; Oberneck, Gruch. 47, 331; Jaeckel Zbl. FG. 4 a. a. O.

[18]) vgl. Biermann Bem. 4b zu § 1190 und Bem. 3a zu § 1113; Goldmann-Lilienthal § 81 II 1 und Anm. 53, § 80 II 1a und Anm. 18; Güthe-Triebel, Anm. 14 zu § 22.

in § 1163 weise darauf hin, daß eine Sicherungshypothek von Anfang an dem Gläubiger zustehen solle.

Es wird hier also der Wortlaut des Gesetzes über die Grundsätze gestellt, von denen das Gesetz ausgeht. Zu den Hauptgrundsätzen des Hypothekenrechts gehört aber das Prinzip der Akzessorietät der Hypothek [19]). Dieses Prinzip besagt, daß grundsätzlich das Bestehen einer Fremdhypothek abhängig ist von dem Bestehen einer durch sie zu sichernden Forderung. Hypothek und Forderung sind also eng miteinander verknüpft. Ist eine Forderung nicht vorhanden, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu und verwandelt sich nach Maßgabe des § 1177 BGB. in eine Grundschuld. Diese Regeln gelten selbst für die Verkehrshypothek, die sich auf Grund des guten Glaubens, den die Eintragung der Forderung im Grundbuch genießt, schon viel weiter von dem Grundsatz der Akzessorietät entfernt, als die Sicherungshypothek bei der das Recht des Gläubigers sich gemäß § 1184 BGB. ausschließlich nach der zu Grunde liegenden Forderung bemißt. Es würde daher den Grundsätzen der Rechtsordnung widersprechen, wenn man dem Gläubiger einer Höchsthypothek eine Hypothek ohne Forderung geben wollte. Dies soll durch § 1163 verhütet werden [20]). Wenn sein genauer Wortlaut streng genommen nicht alle denkbaren Fälle umfaßt, in denen eine Hypothek ohne Forderung besteht, so ist damit nicht gesagt, daß diese nicht erwähnten Fälle eine Ausnahme von den Grundsätzen des ganzen Hypothekenrechts bilden sollten. Weil § 1163 BGB. die gesetzliche Festlegung eines Prinzips enthält, müßten ganz besondere rechtliche oder praktische Gründe vorliegen, um eine Einschränkung dieses Prinzips zu rechtfertigen. Bei der Höchsthypothek ist das nun nicht der Fall, vielmehr ist gerade bezüglich des § 1190 BGB. die genaue Feststellung des Wesens der Höchsthypothek bei den Beratungen des BGB. der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen worden. Es kann daher ohne weiteres der Grundsatz des § 1163 auch auf die Höchsthypothek v o r der Feststellung angewendet werden [21]). Aus dem Gesetz ergibt sich nicht, daß eine ausdehnende Anwendung des § 1163 verboten sei, oder daß die Fälle der Eigentümergrundschuld im Gesetze erschöpfend aufgezählt seien. Manche Vertreter der älteren Lehre [22]) behaupten dies und ziehen daraus den Schluß, daß es bedenklich sei, Eigentümergrundschulden da anzunehmen, wo sie nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt seien [23]). Mit der Voraussetzung entfällt jedoch auch die daraus gezogene Schlußfolgerung.

Zur weiteren Stützung ihrer Theorie verweisen die Vertreter der älteren Lehre auf die entsprechende Vorschrift des Mobiliarpfand-

---

[19]) Es sei hier nur kurz erwähnt, daß auch die Frage, ob die Hypothek ein akzessorisches Recht sei, umstritten ist. vgl. Hirsch, Vorl. Eigentümerhyp. S. 234 und die dort von ihm zit. Literatur. M. E. ist die Akzessorietät der Hypothek ohne weiteres aus den §§ 1113, Abs. 1, 1137, 1153, 1173 BGB. zu entnehmen.

[20]) Andererseits soll es auch eine Belastung, die niemandem zusteht, nicht geben. (vgl. Predari a. a. O. Anm. 9B zu § 19).

[21]) vgl. hierzu auch die Ausführungen Endemanns a. a. O. § 131.

[22]) vgl. z. B. Biermann a. a. O.

[23]) andere z. B. Hirsch, vorl. Eigentümerhyp. S. 227, folgern gerade umgekehrt: Die Aufzählung der Fälle der Eigentümergrundschuld in den §§ 1163, 1168, 1170 BGB.; §§ 868, 932 ZPO. seien nur beispielhaft, nicht erschöpfend, aus diesen §§ sei das Prinzip zu entnehmen.

rechts, auf § 1204, Abs. 2 BGB., der denselben Wortlaut habe wie § 1113 Abs. 2, und bei dem auch die herrschende Lehre annehme, daß dem Gläubiger von Anfang an ein Gläubigerpfandrecht zustehe [24]).

Ein derartiger Vergleich mit dem Mobiliarpfandrecht verbietet sich aber schon deswegen, weil dort ganz andere Grundsätze herrschen als im Hypothekenrecht. Auch muß man bei der Auslegung des § 1204 Abs. 2 ein ursprüngliches Gläubigerpfandrecht annehmen, weil es im Mobiliarpfandrecht etwas der Eigentümergrundschuld Entsprechendes nicht gibt.

Schließlich wird auch noch geltend gemacht [25]), daß die alten Kautionshypotheken, die Vorgängerinnen der Höchsthypotheken niemals zu Eigentümergrundschulden hätten werden können. Sollte es daher jetzt anders sein, so hätte das im Gesetz zum Ausdruck kommen müssen.

Diese Begründung krankt an einer völligen Verkennung der rechtlichen Natur der Kautionshypotheken, bei denen, wie schon ausgeführt, die Höhe der dinglichen Belastung des Grundstücks von der Höhe der zu Grunde liegenden Forderungen abhängig war. Es blieb dabei gar kein Raum für eine Eigentümergrundschuld, da eine Differenz zwischen der Gesamtbelastung und der innerhalb dieser Gesamtbelastung bestehenden Fremdhypothek nicht auftreten konnte. Beim Erlöschen der Forderung hatte der Eigentümer lediglich einen Berichtigungsanspruch [26]).

Die bei den Kautionshypotheken geltenden Bestimmungen können daher in diesem Punkte nicht maßgebend sein für die Behandlung der Höchsthypotheken, bei denen insoweit ganz andere rechtliche Verhältnisse vorliegen.

β) Herrschende Lehre: Vorläufige, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld.

Die jetzt herrschende Lehre [27]) geht davon aus, daß vom Grundsatz der Akzessorietät wegen seiner grundlegenden Bedeutung nicht abgewichen werden darf. Nach diesem Grundsatz kann gerade die

---

[24]) vgl. Biermann a. a. O.

[25]) Brachvogel a. a. O.

[26]) vgl. Gierke, a. a. O. S. 908.

[27]) Staud. Anm. 1a zu § 1190; Planck, Anm. 6a zu § 1190; KRGR. Anm. 1 zu § 1190; Warn. Anm. IV zu § 1190; Endemann, § 131; M. Wolff, § 153, III; Reinhard-Müller Anm. IV zu § 14; Fuchs Anm. 11 zu § 1190 Bergk, a. a. O. S. 125; Werneburg, Bad. Not. Z. S. 47; ders. Holdh. M. Schr. S. 177; Reinhard, Recht 22, 217; Oertel a. a. O. S.71, Ahsbahs a. a. O.; Strecker a. a. O. S. 466: Gierke, a. a. O. S. 908; Hirsch, Vorl. Eigentümerhyp. S. 235; Predari a. a. O. Bem. 9B zu § 19; Hachenburg a. a. O. S. 597; Achilles-Greif Bem. 8 zu § 1190; Güthe D. Not. V. 97, 223; 106, 82; 125, 133; 136, 87; Gruch. 56, 1072; 58, 670/833; JW. 1912 Not. Z. 09, 16 f.; Mayer, Gruchot a. a. O. S. 526; RG. 75, 256; 78, 409; 97, 223; 106, 82; 125, 133; 136, 87; Gruch. 56, 1072; 58, 670/833; JW. 1912 297 Nr. 17; Recht 1918, Nr. 1542; Warn. Jahrb. 1917 Nr. 272; OLG. 43, S. 233; Recht 1915, Nr. 1095; Jahrb. Entsch. Fr. G. 2, 353, 443; Bad. Rspr. 28, S. 29; Jahrb. Württ. Rechtspfl. 29, S. 16; Rspr. Bayr. ObLG. 28, S. 3; KGJ. 45. A, 290; 49, 225; Jahrb. Entsch. Fr. G. 5, S. 374; Höchstr. Rspr. 4 Nr. 2274; D. Not. V. 29, 36.

Höchsthypothek als Unterfall der streng akzessorischen Sicherungshypothek nicht als forderungsentkleidete Fremdhypothek bestehen.

Infolgedessen faßt die herrschende Lehre die Höchstbetragshypothek folgendermaßen auf: Die Hypothek steht ursprünglich als auflösend bedingte Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zu (auf Grund §§ 1163 Abs. 1 Satz 1 und 1177 Abs. 1 BGB.), und verwandelt sich nur dann und in dem Maße in eine Fremdhypothek, wenn und soweit Forderungen des Gläubigers aus dem Rechtsverhältnis entstehen, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt ist. Erlöschen die Forderungen allesamt oder einzelne von ihnen, so entsteht insoweit wieder eine Eigentümergrundschuld nach § 1163 Abs. 1 Satz 2. Diese Eigentümergrundschuld ist auch keine feste, sondern durch das Entstehen neuer Forderungen des Gläubigers auflösend bedingt. Innerhalb des Rahmens der Höchstbetragshypothek besteht also zwischen Gläubiger und Eigentümer ein eigentümliches labiles Rechtsverhältnis, vergleichbar einer Waage. Werden die Forderungen des Gläubigers aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis größer, dann wird auch sein Anteil an der Gesamtbelastung des Grundstücks größer. Gehen seine Forderungen zurück, so wird der Anteil des Eigentümers an der Belastung größer, derjenige des Gläubigers dagegen kleiner. Die Höhe der Sicherheit des Gläubigers entspricht in jedem Augenblick genau der Höhe seiner Forderungen, die Sicherung entsteht also nicht erst nachträglich mit rückwirkender Kraft, wie dieses bei der älteren Theorie der Fall ist.

Dieses eigenartige „veränderliche Rechtsverhältnis", (wie es in der Folge kurz bezeichnet werden soll) endigt nun mit einem Schlage, wenn die Feststellung stattfindet. Es entstehen dann innerhalb der Höchstbetragshypothek eine endgültige Fremdhypothek und eine endgültige Eigentümergrundschuld, die sich nicht mehr verändern können. Maßgebend für die Höhe der endgültigen Fremdhypothek ist lediglich der Bestand der Forderungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft im Augenblick der Feststellung. Die Differenz zwischen dem Betrag der Forderung und dem eingetragenen Höchstbetrage wird Eigentümergrundschuld, gleichgültig, ob diese Differenz durch das Nichtentstehen oder durch das Wiedererlöschen von Forderungen zustandegekommen ist.

Bei Anwendung dieser Theorie bietet auch die Frage keine Schwierigkeit, wem die endgültige Eigentümergrundschuld zusteht, wenn das Grundstück zwischen Bestellung und Feststellung den Eigentümer gewechselt hat [28]). Sie steht demjenigen zu, der Eigentümer z. Zt. der Bestellung war, da sie ihm ja seit diesem Zeitpunkt ununterbrochen zustand, wie jede andere Eigentümergrundschuld verbleibt sie bei Veräußerung des Grundstücks dem Veräußernden. Sie muß dann aber natürlich ihren Namen ändern, da sie nicht mehr dem Grundstückseigentümer zusteht. Sie bleibt aber dasselbe Recht, also eine vorläufige Grundschuld. Ein Uebergang auf den Erwerber könnte nur durch ausdrücklichen Vertrag erfolgen. Auch wenn nach der Veräuße-

---

[28]) Ahsbahs a. a. O. erklärt daher auch mit Recht, die neue Lehre sei nur die logische Konsequenz der früher herrschenden Ansicht, daß die Eigentümergrundschuld rückwirkend auf den Zeitpunkt der Bestellung entstehe (vgl. dazu S. 13.)

rung des Grundstücks die Eigentümergrundschuld durch das Erlöschen von Forderungen wieder anwächst, fällt dieser Zuwachs auf den Eigentümer z. Zt. der Bestellung, nicht etwa auf denjenigen z. Zt. des Erlöschens der Forderung[29]). Denn auch dieser Zuwachs der Eigentümergrundschuld bleibt auflösend bedingt durch das Neuentstehen von Forderungen des Gläubigers, d. h. also, daß auch der in diesem Zuwachs enthaltene Vermögenswert dem Zugriff des Gläubigers erhalten bleiben muß. Das kann er aber nur, wenn er zum Eigentümer z. Zt. der Bestellung zurückkehrt, da nur zwischen diesem und dem Gläubiger ein Rechtsverhältnis besteht. Nur auf diese Weise kann die Höchsthypothek ihren praktischen Zweck, Sicherung eines ständig wechselnden Forderungskreises, in brauchbarer Weise erfüllen. Es kommt hinzu, daß das Erlöschen der Forderungen in den meisten Fällen dadurch herbeigeführt werden wird, daß der Besteller der Höchsthypothek seine obligatorische Schuld an den Hypothekengläubiger auf irgend eine Art (Zahlung, Aufrechnung) tilgt. Der Grundstückseigentümer z. Zt. des Erlöschens der Forderung würde eine ungerechtfertigte Bereicherung erfahren, wenn ihm, der an diesem Rechtsgeschäft gar nicht beteiligt ist, auf Grund der Erfüllungsgeschäfte des ursprünglichen Eigentümers eine Eigentümergrundschuld zufallen sollte.

Das „veränderliche Rechtsverhältnis“ wird in Theorie und Rechtsprechung vielfach nicht richtig erkannt,[30]), [31]) hauptsächlich von den Gegnern der modernen Theorie, die teils auf dem Standpunkt der ursprünglichen Gläubigerhypothek stehen, teils Sondertheorien vertreten.

Von ihnen wird vor allem geltend gemacht, daß bei der Annahme einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld der Eigentümer einen Berichtigungsanspruch auf Grund von § 894 BGB. habe. Wenn dem Eigentümer die Eigentümergrundschuld von vornherein zustehe, dann stehe der Inhalt des Grundbuches, das nur den Gläubiger als Berechtigten der Hypothek angebe, mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang. Demzufolge müsse der Eigentümer von dem Gläubiger die Berichtigung verlangen können. Lasse man diese Berichtigungseintragung zu, so werde dadurch das Grundbuch außerordentlich unübersichtlich, denn gerade bei einer Höchsthypothek ändere sich das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis und damit die Höhe der Eigentümergrundschuld unter Umständen täglich. Die Klarheit und Ueber-

---

[29]) vgl. Wolff, Sachenrecht, § 153 III.

[30]) Am richtigsten ist dieses Verhältnis dargelegt worden von Wolff, Sachenrecht, § 153 III und Endemann, Lehrb. § 131.

[31]) vgl. RG. 50, 322. Danach soll schon vor der Feststellung eine endgültige Eigentümergrundschuld dann entstehen, wenn Forderungen des Hypothekengläubigers aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis befriedigt werden. Das RG. sieht aber schon in derselben Entscheidung die Unmöglichkeit der völligen Durchführung dieser Ansicht. Es läßt nämlich nicht in voller Höhe der Tilgung eine Eigentümergrundschuld entstehen, sondern nur insoweit, als in diesem Einzelfall (Baugelderhypothek) mit Sicherheit anzunehmen ist, daß eine Inanspruchnahme der Höchsthypothek durch den Gläubiger nicht mehr erfolgen wird. Damit ist das eingangs aufgestellte Rechtsprinzip durchbrochen. Es handelt sich um eine reine Zweckmäßigkeitsentscheidung, deren Grundsätze in anderen Fällen, (wenn etwa das der Hypothek zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ein Kontokorrentvertrag ist), zu gänzlich abwegigen Ergebnissen führen würden.

sichtlichkeit sei aber eine der Haupterfordernisse des Grundbuchrechts, wie das RG. in zahlreichen Entscheidungen immer wieder ausgeführt habe. Außerdem werde durch die bei einer Eintragung nötigen Formalien dem Gläubiger die Ausnutzung des ihm zustehenden Rechtes sehr erschwert.

Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig [32]). Dem Eigentümer ist kein Berichtigungsanspruch gegeben; denn das Grundbuch ist ja gar nicht unrichtig, es ist lediglich ungenau. Die Tatsache, daß dem Eigentümer ein Teil der Höchstbetragssumme als Grundschuld zusteht, ergibt sich ohne weiteres aus dem Wesen der Höchstbetragshypothek. Die Höchsthypothek ist eben, solange die Forderungen des Gläubigers nicht den Höchstbetrag erreichen, nur zu einem Teil Fremdhypothek, zum anderen Teil Grundschuld des Eigentümers. Dies kann ein Rechtskundiger, wenn die Eintragung der Höchsthypothek nur in der richtigen Form erfolgt ist, schon ohne weiteres aus der Eintragung ersehen und das genügt. Der Betrag der Gesamtbelastung des Grundstückes steht fest und das ist das wichtigste. Daß nicht genau ersichtlich ist, ein wie großer Teil dieses Betrages dem Gläubiger oder dem Eigentümer zufällt, ist unerheblich [33]).

Ferner wird die neue Lehre bekämpft mit dem Einwand, daß der Eigentümer durch Verwertung seiner Grundschuld (Abtretung, Verpfändung) das Anwachsen der Fremdhypothek unmöglich machen könne. Dasselbe sei der Fall bei einer Pfändung der Grundschuld durch einen Gläubiger des Eigentümers. Hier wird von den Gegnern der neueren Lehre verkannt, daß die Eigentümergrundschuld bedingt ist. Es findet daher § 161 BGB. Anwendung [34]), der dem römischrechtlichen Grundsatz: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet entspricht. Der Eigentümer kann also nur insoweit über die ihm zustehende Grundschuld verfügen, als sie sich nicht in eine Hypothek des Hypothekengläubigers verwandelt. Dessen Recht ist auf jeden Fall stärker und hat den Vorrang. Solange die Grundschuld dem Eigentümer als auflösend bedingte Grundschuld zusteht, kann sie ein Dritter auch nur als auflösend bedingte Grundschuld erwerben. Dasselbe gilt für die Pfändung durch einen Gläubiger des Eigentümers.

Gegen die neuere Auffassung von der Höchsthypothek wird von Brachvogel a. a. O. noch eingewandt, daß, falls die Höchsthypothek bis zur Feststellung Eigentümergrundschuld sei, die Feststellung der Forderung allein zur Umschreibung der Post in eine endgültige Gläubigerhypothek nicht genügen würde. Es müßte, da der Gläubiger mit der Feststellung der Forderung das dingliche Recht nur so er-

---

[32]) Hirsch, Vorl. Eigentümerhyp. S. 247; Wolff, Sachenrecht, § 153 III; RG. 125, 133; Recht 1918, Nr. 1542.

[33]) Brachvogel a. a. O. bringt noch vor: Das Grundbuchamt dürfe unrichtige Eintragungen nicht vornehmen. Das tue es aber, wenn es eine Höchsthypothek eintrage, während diese in Wirklichkeit Eigentümergrundschuld sei. Für diesen Einwand gilt dasselbe wie für das angebliche Berichtigungsrecht des Eigentümers: Die vom Grundbuchamt eingetragene Höchsthypothek ist eben ihrer Natur nach teils Fremdhypothek, teils Eigentümergrundschuld. Solange das Grundbuchamt in seiner Eintragung die Höchsthypothek auch als solche kenntlich macht, ist das Grundbuch richtig.

[34]) Hirsch, Vorl. Eigentümerhyp. S. 240, will § 161 nicht direkt, sondern nur analog anwenden.

werden könnte, wie es bisher bestanden hat, eine Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Gläubigerhypothek erfolgen.

Brachvogel übersieht hier die Tatsache, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld sich im Augenblick des Entstehens gesicherter Forderungen in eine Fremdhypothek verwandelt. Diese Hypothek bedarf also keiner Umschreibung, um zur Entstehung zu gelangen. Die Feststellung hat nur den Erfolg, diese Hypothek unveränderlich zu machen, mit der Entstehung der Hypothek hat sie nichts zu tun. Die Feststellung erfordert auch nicht notwendigerweise, daß nunmehr eine Umschreibung der Höchsthypothek in eine unveränderliche Fremdhypothek bzw. in eine Eigentümergrundschuld erfolgt, obwohl beides für gewöhnlich miteinander verknüpft sein wird.

Ahsbahs a. a. O. weist zur Stützung der Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld noch darauf hin, daß sie nur die notwendige Folgerung aus derjenigen älteren Lehre sei, die zwischen § 1190 und § 1113 BGB. einen Unterschied macht. Danach soll die Höchsthypothek, eine ursprüngliche Gläubigerhypothek, die Hypothek für eine künftige Forderung aber eine ursprüngliche Eigentümerhypothek sein. Diese widersprechende und nicht recht verständliche Auffassung findet sich allerdings vielfach, so z. B. bei Bruck a. a. O. S. 181/182; und RG. 51, S. 45. (Letztere Entscheidung erging zu einer Zeit, als das Reichsgericht die Höchsthypothek noch als ursprüngliche Gläubigerhypothek auffaßte).

Aus der heute herrschenden Auffassung über die Natur der Höchsthypothek läßt sich übrigens auch ein Schluß auf die Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld ziehen. Wenn die ganze Höchsthypothek eine echte Grundstücksbelastung in Höhe des Höchstbetrages ist, dann muß auch nicht nur die innerhalb der Höchsthypothek bestehende Fremdhypothek eine echte Belastung sein, sondern auch die ebenfalls von Anfang an bestehende Eigentümergrundschuld. Wenn aber in diesem Falle die Eigentümergrundschuld eine echte Belastung und damit ein dingliches Recht ist, dann müssen es alle Eigentümergrundschulden sein[35]).

γ) Sondertheorien.

Neben den beiden Hauptansichten sind nun noch vereinzelt Sondertheorien aufgestellt worden. Sie haben meist keinen größeren Anhang gefunden, nur der Vollständigkeit halber sollen sie hier kurz berührt werden.

Brachvogel (a. a. O.) faßt sowohl die Höchsthypotheken als auch die Hypotheken für künftige oder bedingte Forderungen als subjektivalternative, dingliche Rechte auf während der Zeit bis zur Entscheidung über die Forderung. Nach seiner Ansicht können Hypotheken alternative Rechte sein, wie sich aus der Rechtsprechung ergebe. Er zitiert RG. 61, S. 335; ferner KG. in OLG. Bd. 3, S. 196. Außerdem soll sich nach seiner Meinung die Zulässigkeit von Alternativhypotheken

---

[35]) Im Ergebnis ebenso: Planck § 889, Anm. 2, Vorbem. 2e vor § 1113, S. 758; Ahsbahs, a. a. O. S. 399; Achilles-Greif Anm. einl. Bem. z. 8. Abschn. 3. Buch; RG. 70, 353; a. A. sind: Hirsch, Vorl. Eigentümerhyp. S. 230; Kindel a. a. O. S. 79; Endemann, a. a. O. § 116; Oberneck, Grundbuchrecht, § 114; ders. Gruchot, 50, 555; KG. in KGJ. 27, 128; 29, 181.

aus der Fassung der §§ 120 128 ZVG. ergeben. Die Frage ist aber streitig, vielfach wird die Zulässigkeit von Alternativhypotheken abgelehnt [36]). Es erübrigt sich jedoch, auf diese Streitfragen und damit auf die ganze Theorie einzugehen, weil die Voraussetzungen, unter denen Brachvogel an die Höchsthypothek herangeht, falsch sind. (Vergl. S. 19/20.)

Schließlich ist noch vereinzelt die Theorie der hypothekarischen Anwartschaft aufgestellt worden [37]). Danach soll die Höchsthypothek eine Anwartschaft des Bestellers auf die Eigentümergrundschuld, des Gläubigers auf die Hypothek sein. Doch wird diese Ansicht heute nirgends mehr vertreten.

3. Höchstbetragshypothek und Zwangsversteigerungsverfahren bis zum Zuschlag.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Die Höchsthypothek ist bis zur Feststellung eine unbedingte Belastung des Grundstücks in Höhe des Höchstbetrages. Innerhalb dieser Belastung besteht ein „veränderliches Rechtsverhältnis", und zwar einerseits eine auflösend bedingte Grundschuld des Eigentümers, andererseits eine durch das Vorhandensein von Forderungen bedingte Hypothek des Gläubigers. Die Feststellung kann nur durch Vertrag oder Urteil erfolgen. Der Zeitpunkt der Feststellung hängt von dem freien Willen der Pareien ab. Die Feststellung beendet das „veränderliche Rechtsverhältnis", sodaß innerhalb der Höchsthypothek eine feste Gläubigerhypothek und eine feste Eigentümergrundschuld entstehen.

Diese rechtliche Natur muß der Höchstbetragshypothek möglichst lange erhalten bleiben. Das Interesse des Gläubigers, der sich die Höchsthypothek meist zur Sicherung langfristiger Kreditgeschäfte hat bestellen lassen, darf durch einen Eingriff von außen nicht verletzt werden. Ebenso wird es aber auch meist im wohlverstandenen Interesse des Schuldners liegen, daß der Gläubiger an der vollständigen Ausnutzung seiner Sicherung nicht gehindert wird, da andernfalls der Gläubiger eine weitere Erfüllung seiner Kreditverpflichtungen ablehnen würde, sofern eine rechtliche Möglichkeit dazu bestehen würde.

Die unversehrte Fortexistenz der Höchstbetragshypothek ist vor allem im Zwangsversteigerungsverfahren bedroht, da durch die Zwangsversteigerung in besonders starkem Maße in das Rechtsverhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und seinen Gläubigern

---

[36]) vgl. Güthe, GBO. S. 975; KG. in OLG. 7, 196; OLG. Rostock in OLG. 25, 382.

[37]) So von Staud. Kober in der 2. Aufl. des Komm. Anm. 2b zu § 1190. Er fußt dabei auf den Ausführungen von Jhering; Jherings Jahrb. 10, S. 484; Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug des Pfandrechts, S. 20; ders. Studien, 16; ders. Bayer. Hyp. R. 188 f.; Windscheid, Arch. ziv. Prax., 35, S. 75; die sich jedoch alle auf das alte Recht beziehen. Heutiger Standpunkt Staud. siehe oben Anm. 27, ferner RG. 61, 374. Doch handelt es sich hier um eine Uebergangsentscheidung. Mit ihr wurde der Standpunkt der ursprünglichen Gläubigerhypothek verlassen. In der nächsten Entscheidung, die sich mit der Rechtsnatur der Hypothek befaßt, Bd. 75, 256, nahm das RG. den Standpunkt der vorläufigen Eigentümergrundschuld ein, den es seitdem behalten hat.

eingegriffen wird. Es fragt sich daher, ob eine theoretisch einwandfreie Grundlage für das praktisch notwendige unveränderte Fortbestehen der Höchstbetragshypothek während des Zwangsversteigerungsverfahrens und unter Umständen noch darüber hinaus gegeben ist.

Die Zwangsversteigerung wird eingeleitet durch die Beschlagnahme des Grundstücks (§ 20 ZVG.). Die Beschlagnahme ist eine gerichtliche Maßnahme, die dem Eigentümer jede Verfügung über das Grundstück unmöglich machen soll, durch die dem Gläubiger die in dem Grundstück liegende Sicherung entzogen wird. Da die Höchsthypothek das Grundstück in Höhe des Höchstbetrages unbedingt belastet, wird die Sicherung der nachstehenden Gläubiger nicht beeinträchtigt, wenn innerhalb dieses Rahmens neue gesicherte Forderungen des Gläubigers entstehen. Die Beschlagnahme hat also keinen Einfluß auf das Bestehen des „veränderlichen Rechtsverhältnisses". Die Hypothek des Gläubigers kann weiter anwachsen. Literatur und Rechtsprechung sind daher auch einhellig der Auffassung, daß die Beschlagnahme des Grundstückes für die Höchsthypohek bedeutungslos ist [38].

Der Eigentumsübergang des Subhastationsgrundstückes an den Ersteher wird bewirkt durch den Zuschlag. Dieser Eigentumsübergang berührt die Höchsthypothek, falls sie bestehen bleibt, nicht weiter, ebenso wie auch sonst ein freihändiger Verkauf des Grundstücks keinen Einfluß auf die Höchsthypothek hat.

Nicht ganz so klar ist die Rechtslage, wenn die Hypothek durch den Zuschlag am Grundstück erlischt. Nach den bisher gefundenen theoretischen Grundsätzen kann allerdings der Zuschlag keinen Einfluß auf die Höchsthypothek haben, da es sich bei dem Zuschlag nach § 87 ZVG. um einen Beschluß des Gerichts handelt [39]) durch den für gewöhnlich weder nach dem Wunsche des Hypothekengläubigers noch nach dem des Schuldners eine Feststellung herbeigeführt werden soll.

Der Zuschlag kann daher diese Wirkung auch nicht haben, vielmehr muß nach dem Zuschlag das „veränderliche Rechtsverhältnis" ungestört fortbestehen. Der Zuschlag darf also nicht verhindern, daß beim Entstehen einer Forderung aus dem zu Grunde liegenden Rechsverhältnis innerhalb der Höchstbetragshypothek die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld des Eigentümers um den Betrag dieser Forderung geringer, die Fremdhypothek des Gläubigers größer wird.

Auch nach dem Zuschlag muß jede Forderung des Gläubigers dadurch automatisch gesichert werden, daß der Anteil des Gläubigers an der Höchsthypothek im Augenblick des Entstehens der Forderung um deren Anteil größer wird. Von dieser Erkenntnis ausgehend, stellen daher auch Theorie und Rechtsprechung, allerdings stets ohne

---

[38]) vgl. Planck, Anm. 6a zu § 1190; Dernburg, § 243, 6; Reinhard-Müller, Bem. II 1 zu § 23; Warn. § 1190 Bem. II; Jaeckel-Güthe, Anm. 3 zu § 23; Biermann, Anm. 3b zu § 1190; RG. 51, 119.

[39]) Rothenberg hält den Zuschlag für einen privatrechtlichen Kaufabschluß unter Vermittlung des Richters. Das ist abzulehnen, da auf Seiten des Grundstückseigentümers kein freier Wille vorliegt.

nähere Begründung, übereinstimmend fest, daß der Zuschlag keinen Einfluß auf die Höchsthypothek habe [40]).

Es wird aber meist nicht erkannt, daß diese Feststellung und die Frage, welche Rechtsnatur die Hypothek allgemein, und damit auch die Höchsthypothek im Falle des „Erlöschens" im Sinne des § 91 ZVG. annimmt, in unlösbarem Zusammenhang stehen. Die Rechtsnatur der Höchsthypothek nach dem Zuschlag muß derartig beschaffen sein, daß die ungestörte Fortsetzung des „veränderlichen Rechtsverhältnisses" gesichert ist. Von den verschiedenen über diese Frage aufgestellten Theorien ist daher diejenige als die richtige anzusehen, die dieses Erfordernis zwanglos erfüllt. Es lassen sich also aus den Grundsätzen über das Wesen der Höchstbetragshypothek nach der neueren Ansicht wichtige Rückschlüsse ziehen zu dem Problem der Rechtsnatur einer gemäß § 91 ZVG. am Grundstück erloschenen Hypothek. Daher mußte zunächst das Wesen der Höchsthypothek klargelegt werden.

III. Zweiter Hauptteil:

Die Rechtsnatur der Hypothek nach dem „Erlöschen" gemäß § 91 ZVG.

A. Die Surrogation:

Die Tatsache, daß der Zuschlag auf die Höchsthypothek keinen Einfluß hat, ergibt sich nicht allein unmittelbar aus dem Wesen der Höchstbetragshypothek, sondern auch aus dem das Zwangsversteigerungsgesetz beherrschenden Grundsatz der Surrogation.

Surrogation heißt kurz gefaßt: Werterhaltung durch Wertersatz [41]). Ein Gegenstand tritt so an die Stelle des anderen, der verschwindet (meist nur aus dem Vermögen des bisherigen Besitzers oder Eigentümers, manchmal aber auch völlig), daß der neue Gegenstand in jeder Weise die Stelle des alten einimmt. Man kann verschiedene Arten von Surrogation unterscheiden: Natürliche und künstliche [42]) Surrogation, und die künstliche Surrogation kann wieder eingeteilt werden in Leistungs- und Vermögenssurrogation (dingliche Surrogation) [43]). Natürliche Surrogation liegt vor bei Zerstückelung der Rechte. In diesem Fall treten die einzelnen Stückrechte ohne weiteres an die Stelle des ehemaligen Gesamtrechtes. Es handelt sich also nur um das alte Recht in einer neuen Form. In den Fällen der künstlichen Surrogation tritt an die Stelle eines Gegenstandes oder Rechtes ein anderer Gegenstand oder ein anderes Recht. Das alte Recht bzw. der alte Gegenstand ist verschwunden, an dessen Stelle steht etwas Neues, Andersartiges, auf das sich nunmehr die bisher an den ursprünglichen Recht bestehenden Rechte und Rechtsbeziehungen erstrecken. Nach den §§ 251, 281, 816 BGB. tritt ein Ersatzobjekt derart an die Stelle eines Leistungsgegenstandes, daß der Berechtigte nur einen obligatorischen Anspruch darauf hat. Hier handelt es sich um die sog. Lei-

---

[40]) vgl. Staud. Bem. 5b zu § 1190; Planck, Bem. 6a zu § 1190; Biermann, Bem. 3b zu § 1190; RGRK. Bem. 1 zu § 1190; Turnau-Förster, Bem. I, 10 zu § 1190; RG. 51, 119; 55, 222.

[41]) Reinhard, Leipz. Z. 1925, S. 759.

[42]) Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, S. 371.

[43]) Thelen, a. a. O.

stungssurrogation [44]). Die Surrogation bezweckt hier, eine unmögliche Leistung zu ersetzen und damit die gefährdete Obligation erfüllungsfähig zu machen.

Im Zwangsversteigerungsgesetz handelt es sich um die sog. Vermögens- oder dingliche Surrogation [45]). Es tritt der Surrogationsgegenstand als Ersatzobjekt in einen Vermögensverband ein mit der Wirkung, daß der Berechtigte ein unmittelbares Herrschaftsverhältnis über den Ersatzgegenstand erhält. Im BGB. findet sich die dingliche Surrogation in den §§ 718 Abs. 2, 1370,, 1381, 1382, 1473, 1524, 1646, 2019, 2041, 2111 und 1075. Der Zweck der Surrogation ist hier der, den Gesamtbestand des Vermögens zu erhalten und zu sichern dadurch, daß der Ersatzgegenstand ohne besondere Rechtsübertragung in das Vermögen übergeht [46]).

Diese Bestanderhaltung ist besonders wichtig in den Fällen, in denen jemand infolge zwangsweiser Veräußerung einer Sache deren Eigentum verliert. Es tritt hier, nach altem Rechtsgrundsatz, der Erlös an die Stelle der Sache.

Das moderne Recht hat, in Verfolg dieses alten Rechtssatzes, das Surrogationsprinzip für alle möglichen Arten von zwangsweisen Veräußerungen festgesetzt [47]). Für das Mobiliarpfandrecht z. B. ergibt es sich aus § 1247. Im Zwangsversteigerungsgesetz war der Grundsatz der Surrogation im ersten Entwurf ausgesprochen im § 140. Er lautete:

> „Der Versteigerungserlös tritt in Ansehung der nach § 138 erlöschenden Rechte an die Stelle des Grundstücks und der übrigen Gegenstände."

In der späteren Bearbeitung wurde dieser Paragraph als selbstverständlich gestrichen, da sich das Prinzip der Surrogation zweifelsfrei schon aus anderen Bestimmungen des ZVG. ergebe. Es sind dies: §§ 10, 37, Ziffer 5, 92, 109, 110, 118 ZVG.

Nach dem Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren verschwindet also das Grundstück aus dem Eigentum des Subhastaten und geht auf den Ersteher über. An die Stelle des Grundstücks tritt ohne weiteres der Erlös [48]). Er wird unmittelbar und dinglich in dieselbe Rechtslage versetzt, in der bisher das Grundstück stand. Rechte Dritter, die bisher am Grundstück bestanden, setzen sich am Erlös fort und zwar grundsätzlich ohne ihr Wesen zu ändern [49]). Die Rechtsbeziehung, die bisher zwischen dem Rechte des Dritten und dem Grundstück bestand, bleibt unverändert erhalten, sodaß die wesens-

---

[44]) Thelen a. a. O.

[45]) Sie kann nur auf Grund Gesetzes, nicht auf Grund Vertrages eintreten. Endemann, § 16; RG. 60, 223.

[46]) Endemann, § 16; Thelen a. a. O. weist auch darauf hin, daß gewisse Surrogationstatbestände bald unter den Begriff „Leistungssurrogation", bald unter den „Vermögenssurrogation" fallen können, je nach den Eigentumsverhältnissen. vgl. §§ 966 und 1219 BGB.

[47]) Hirsch, Vorl. Eigentümerhyp. S. 224.

[48]) Nach Rothenberg, a. a. O. S. 277, tritt nicht der Versteigerungserlös allgemein an die Stelle des Grundstücks, vielmehr nur für „ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht" nach § 37 Ziff. 5 ZVG. Rothenberg steht jedoch mit dieser Ansicht allein.

[49]) Dies geschieht nur auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift, vgl. § 92 ZVG.

gleiche Beziehung jetzt zwischen dem Rechte des Dritten und dem Erlös besteht. Die dinglichen Rechte haben so eine besondere Daseinsfähigkeit, das Schicksal des Grundstücks berührt sie nicht [50]). Es wäre ja auch ungerechtfertigt, wollte man den Dritten statt des starken, dinglichen Rechtes, daß sie am Grundstück hatten, ein viel schwächeres obligatorisches Recht geben. Die Surrogation bedeutet keinesfalls eine Aenderung des Rechtsverhältnisses selbst, dessen Gegenstand sie ist. Sie ist vielmehr lediglich eine Verschiebung des Rechtsobjekts innerhalb einer gegebenen Rechtsbeziehung [51]).

Die Innehaltung dieser Grundsätze für den Begriff der Surrogation verlangt also schon, daß die Hypothek, die bisher am Grundstück bestand, nunmehr unverändert als solche am Erlös besteht, denn die Surrogation selbst hat, bei richtiger Auffassung ihres Wesens, nicht die Kraft, in ein bestehendes Rechtsverhältnis einzugreifen, d. h., also, das Wesen der Hypothek zu ändern.

B. Der Einfluß des Zuschlags auf die Hypothek.

1. Herrschende Lehre:

Die Hypothek ändert nach dem Zuschlag ihre Rechtsnatur.

Dieser Anschauung steht jedoch scheinbar der Wortlaut des § 1113 BGB. entgegen, der die Hypothek offenbar in eine feste Beziehung zum Grundstück stellt. Auch die §§ 91 und 92 ZVG. scheinen mit dieser Ansicht unvereinbar zu sein. Sie lauten: § 91 ZVG.:

> „Durch den Zuschlag erlöschen die Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen.“

und § 92 ZVG.:

> „Erlischt durch den Zuschlag ein Recht, das nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, so tritt an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse.“

Aus dieser Bestimmung wird nun vielfach gefolgert, daß diejenigen Rechte, die auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind, also Hypotheken, Grund- und Rentenschulden durch den Zuschlag ohne weiteres zu Ansprüchen auf Zahlung aus dem Versteigerungserlöse werden. Ueber die rechtliche Natur dieser Ansprüche bestehen aber große Meinungsverschiedenheiten.

Im allgemeinen wird in Rechtslehre und Rechtsprechung angenommen, daß die Hypothek nach dem Zuschlag ihr Wesen ändere und ein anderes geartetes Recht werde. Diese Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden. Doch sind sich die Vertreter dieser Lehre über die Natur dieses Rechtes nicht einig, es sind vielmehr vier verschiedene Theorien aufgestellt worden.

---

[50]) vgl. Hirsch, Vorl. Eigentümerhyp. S. 224; ders. Uebertr. d. Rechtsausüb. S. 371; Fischer-Schäfer a. a. O. Anm. 1 zu § 92; Endemann, § 16; Thelen a. a. O.

[51]) A. A. RG. 55, S. 223 und S. 264. Das Reichsgericht spricht zwar auf S. 223 davon, daß „der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks“ trete, es erläutert aber auf S. 264 diesen Satz folgendermaßen: „. . . . d. h. aber nur, daß dieselben Rechte, die bisher auf dem Grundstück hafteten, sich nun an den Versteigerungserlös als Ansprüche auf Befriedigung aus ihm fortsetzen“. Aus den dinglichen Rechten Dritter werden also obligatorische Ansprüche.

a) Die Hypothek wird eine obligatorische Forderung.

Von diesen ist wiederum diejenige als vorherrschend anzusehen, die in der Hypothek nach dem Zuschlag eine Forderung des Hypothekars auf den Teil des Erlöses erblickt, der auf die Hypothek entfällt.

Es wird ausgeführt[52]): Die Hypothek ist eine dingliche Belastung des Grundstücks, enthaltend den Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages aus dem Grundstück. Durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren tritt an die Stelle des Grundstücks der Erlös, der für das Grundstück erzielt worden ist, bezw. die Forderung auf den Erlös, solange dieser noch nicht gezahlt ist. Zugleich erlischt durch den Zuschlag die Hypothek gemäß § 91 ZVG. Das neue Recht, das nun an die Stelle der Hypothek tritt, kann kein Hypothekenrecht mehr sein, weil das Grundstück, an dem die Hypothek nur bestehen kann, nicht mehr vorhanden ist (wenigstens in der Beziehung zwischen Hypothekar und Subhastat). Das Ersatzrecht verliert also die Natur eines Grundstücksrechts.

Das Endziel der Hypothek ist gemäß § 1113 BGB. die Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück zur Befriedigung des Gläubigers. Diesem Endziel ist die Hypothek durch den Zuschlag näher gekommen, denn nunmehr befindet sich an der Stelle des Grundstücks der Erlös, aus dem die Geldsumme genommen werden kann. Da die Hypothek erloschen ist, verliert sie zugleich ihren Charakter als dingliche Belastung. Sie ist nur noch ein Anspruch auf Auskehrung desjenigen Teiles des Erlöses, der auf die Hypothek entfällt. Dieser Anspruch ist ein ganz gewöhnlicher Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme, also ein obligatorischer Anspruch. Die Hypothek verliert durch den Zuschlag ihre dingliche Rechtswirkung. Es wird aus ihr ein obligatorischer Anspruch auf Zahlung. Mit der Vollziehung der Zahlung ist das Endziel der Hypothek erreicht, sie verschwindet nunmehr völlig.

Der Anspruch des Hypothekars auf Auszahlung des Erlöses richtet sich nach herrschender Ansicht[53]) gegen den bisherigen Eigen-

---

[52]) Reinhard-Müller, § 92 Anm. II u. III. Reinhard, Leipz. Z. 1925, S. 759.

[53]) So Reinhard-Müller, § 92, Anm. II u. III; Reinhard, Leipz. Z. 25, S. 759; ders. JW. 28, S. 2850; RGR. Kom. Anm. 1 zu § 1168, Anm. 6 zu § 1113, Kretzschmar, Seuff. Bl. 72, S. 47; Stein-Jonas, Anm. I, 2 zu § 829; Struckmann-Koch, Anm. 6 zu § 829; Sydow-Busch, Anm. 2 zu § 829; Mayer, Gruchot a. a. O. S. 561; hierher gehört offenbar auch Kretzschmar, Lehrbuch S. 198. Allerdings liegt hier offenbar ein Widerspruch vor zu S 163 desselben Werkes.

Horn a. a. O. S. 65/66, nimmt ausdrücklich Stellung gegen die Ansicht, daß die Hypothek nach dem Zuschlag ein dingliches Recht, Pfandrecht am Erlös etc. bleibe. An die Stelle des erloschenen Pfandrechts trete der obligatorische regelmäßige Anspruch auf Befriedigung. Es bleibt allerdings unklar, gegen wen sich dieser Anspruch richten soll, gegen den bisherigen Eigentümer oder gegen den Ersteher. Aehnlich auch Buhe a. a. O.

Im übrigen sei hier bemerkt, daß zunächst nur Bezug genommen wird auf die Ansichten der Theorie. Der Behandlung der Stellungnahme, die die verschiedensten Gerichte, vor allem das RG. zu dem hier behandelten Problem einnehmen, ist ein eigenes Kapitel gewidmet.

tümer, den Subhastaten. Der Subhastat war bisher der Hypothekenschuldner. Auf seinem Grundstück ruhte die Belastung durch die Hypothek. Durch den Zuschlag hat der Gegenstand seines Eigentums eine Aenderung erfahren. An die Stelle des Grundstücks ist im Wege der Surrogation der Erlös getreten. Das Prinzip der Surrogation besagt ja aber weiterhin, daß die Auswechselung zwischen Grundstück und Erlös ohne weiteres kraft Gesetzes geschieht. Andererseits ist jedoch auch der obligatorische Anspruch, der infolge des Erlöschens der Hypothek an deren Stelle getreten ist, kraft der Surrogation, ohne weiteres an diese Stelle getreten. Folglich: Wenn sich bisher die Hypothek auf das Grundstück bezog, so bezieht sich jetzt der aus der Hypothek entstandene obligatorische Anspruch auf den Erlös. Eigentümer des Erlöses ist infolge der Surrogation der Subhastat ohne weiteres im Augenblick des Zuschlages. In den meisten Fällen wird allerdings der Erlös nicht sofort bar berichtigt. Dann erhält der Subhastat an Stelle seines Grundstücks eine Forderung auf Auskehrung des Erlöses an ihn. Aber auch diese Forderung steht ihm sofort mit dem Zuschlag zu kraft Gesetzes. Zwar schiebt sich das Gericht dazwischen, das die Auszahlungen an die Grundpfandgläubiger vornimmt und dem Subhastaten nun den Rest des Erlöses auskehrt, doch ändert dies nichts an der Tatsache, daß sich die Ansprüche der Gläubiger auch weiterhin gegen den Subhastaten richten, da durch die Surrogation an dem Rechtsverhältnis als solchen, an dem Verhältnis Gläubiger-Schuldner, Berechtigter-Verpflichteter nichts geändert werden. Das Gericht hat hier nur die Stellung eines Treuhänders. Es hat dafür zu sorgen, daß alle Ansprüche in gehöriger Form befriedigt werden. Weiter gehen seine Befugnisse nicht.

Einen grundsätzlich anderen Standpunkt hat ursprünglich Hirsch[54]) eingenommen. Nach seiner Ansicht richtet sich der obligatorische Anspruch, der an die Stelle der Hypothek tritt, gegen den Ersteher des Grundstücks. Ihn hat offenbar der Gedanke geleitet, daß auch das Ersatzrecht der Hypothek trotz seiner ganz anderen Gestaltung sich auf das Grundstück beziehen müsse. Seine Anschauung widerspricht aber nicht allein den Grundsätzen der Surrogation, sie ist auch mit dem Gesetz unvereinbar.

Der Ersatz der Hypothek durch eine Forderung gegen den Ersteher würde eine Leistung an Erfüllungsstatt gemäß § 364 BGB. bedeuten. Es würde also mit dem Zuschlag die Befriedigung des Hypothekengläubigers eintreten. Dem steht der Wortlaut des § 117 ZVG. entgegen, der lautet:

> „Soweit der Versteigerungserlös in Geld vorhanden ist, wird der Teilungsplan durch Zahlung an die Berechtigten ausgeführt".

Das besagt also, daß die Befriedigung des Hypothekengläubigers erst im Verteilungstermin, d. h. nach dem Zuschlag, stattfindet. Ferner bestimmt § 118:

> „Soweit das Bargebot nicht berichtigt wird, ist der Teilungsplan dadurch auszuführen, daß die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten übertragen wird."

---

[54]) Arch. Bürgerl. Recht, 25 S. 225. Er hat später seine Ansicht geändert.

Diese Uebertragung erfolgt ebenfalls erst im Verteilungstermin. Es kann daher nicht schon mit dem Zuschlag eine Forderung des Hypothekengläubigers gegen den Ersteher entstehen [55]).

Für den Regelfall, daß der Hypothekengläubiger in der Zwangsversteigerung nichts weiter wünscht als die Befriedigung seines Anspruches aus dem Erlös, genügt in der Praxis ein lediglich obligatorischer Anspruch auf Auszahlung eines Teiles des Versteigerungserlöses. Es tritt keine Schwächung seines ursprünglichen Rechtes ein, denn es handelt sich nicht um einen gewöhnlichen obligatorischen Anspruch, sondern um einen ganz besonders geschützten. Der Staat in Form des Vollstreckungsgerichtes schaltet sich in das Verfahren ein, er verbürgt dem Gläubiger die Erfüllung seines Anspruches im Rahmen des Möglichen. Das Zwangsversteigerungsgesetz schützt den Anspruch des Gläubigers vor einem etwaigen bösen Willen des Schuldners oder vor dem Dazwischentreten Dritter. Der Staat besorgt die Befriedigung des Gläubigers. Es kann daher dem Gläubiger im allgemeinen gleich sein, welche Rechtsnatur sein Recht nach dem Zuschlag gewinnt, da seine Rechtsstellung durch die Autorität des Staates gesichert ist.

Es ergibt sich also die eigenartige Rechtslage, daß dem Hypothekengläubiger nach dem Zuschlag zwei obligatorische Ansprüche zustehen, die sich gewöhnlich gegen denselben Schuldner, nämlich den früheren Eigentümer des Grundstücks richten. Der eine dieser beiden Ansprüche rührt aus dem der Hypothekenbestellung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis her, aus Kauf, Darlehn usw. Sein Bestehen wird durch das Zwangsversteigerungsverfahren nicht weiter berührt. Lediglich wenn die Hypothek des Gläubigers zur Hebung kommt, erlischt diese Forderung. Daneben steht dann der ganz besonders gesicherte obligatorische Anspruch, in den sich die Hypothek durch den Zuschlag verwandelt hat. Aus dem dinglichen, auf Sicherung gerichteten Recht, das die Hypothek war, ist auf dem Wege zur Erfüllung ein obligatorisches, auf Befriedigung gerichtetes Recht geworden.

Schon dieses Nebeneinanderbestehen von zwei gleichartigen Ansprüchen, die zur Realisierung e i n e r Forderung dienen, ist merkwürdig und ein einzigartiges Phaenomen in der Rechtsordnung. Noch mehr Schwierigkeiten bietet die Theorie der Verwandlung in ein obligatorisches Recht aber dann, wenn die Frage auftaucht, wieweit die Hypothekenrechtsregeln auf dieses obligatorische Recht nach dem Zuschlag Anwendung finden.

Es ist einleuchtend, daß die für das Hypothekenrecht geltenden Formvorschriften nach dem Zuschlag ihre Berechtigung verlieren. Diese Vorschriften sind aufgestellt mit Rücksicht auf die Sicherung des Rechtsverkehrs mit Grundstücken. Die Hypotheken unterliegen daher den Formvorschriften, wie: Eintragung in das Grundbuch, Ausstellung des Hypothekenbriefes, Uebergabe des Briefes bei Ueber-

---

[55]) Seuffert, 11. Aufl., Anm. 32 zu § 829 ist unklar. Er wird von Jaeckel-Güthe Anm. 1 zu § 92 als Vertreter dieser Lehre angeführt, doch geht dies nicht ohne weiteres aus seinen Ausführungen hervor. Es ist überhaupt fraglich, ob sich seine Darlegungen auch auf Hypotheken beziehen. Es kann damit auch nur der Anspruch des bisherigen Eigentümers auf Auszahlung des Erlöses gemeint sein. In der 12. Aufl. fehlt diese Anmerkung ganz.

tragung und Verpfändung von Hypotheken usw. nur mit Rücksicht auf ihre Beziehung zum Grundstück. Durch den Zuschlag endet diese Beziehung. Es sind daher von da an diese Formvorschriften nicht mehr notwendig, sie können fortfallen. Das äußert sich schon darin, daß die Hypotheken gemäß § 130 ZVG. nach dem Zuschlag im Grundbuch gelöscht werden. Es können also weitere Rechtshandlungen, die hinsichtlich der erloschenen Hypothek vorgenommen werden, wie Verkauf, Verpfändung usw. gar nicht mehr eingetragen werden. Auch die Vorschriften, die sich auf den Hypothekenbrief beziehen, wie §§ 1117, 1144, 1150, 1160 BGB., 830 ZPO., fallen fort, da auch diese Vorschriften nur geschaffen sind mit Rücksicht auf die Beziehung der Hypothek zum Grundstück. Deshalb ist der Hypothekenbrief gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 ZVG. auch unbrauchbar zu machen. Auf Grund dieser Vorschriften würde das Recht nach dem Zuschlag nicht mehr übertragbar sein, wenn die Formvorschriften ihre Gültigkeit behalten sollten. Dafür ergibt sich aber im Gesetz kein Anhaltspunkt. So mannigfaltig daher auch die Ansichten über die Rechtsnatur der Hypothek nach dem Zuschlag sind, so sind doch alle Theorien [56]) und die Praxis [57]) darin einig, daß die Formvorschriften des Hypothekenrechts nach dem Zuschlag ihre Gültigkeit verlieren.

Nicht ganz so einfach ist die Frage der Anwendung der materiellen Rechtsregeln, der §§ 1163, 1164, 1168, 1170, 1171 1173, 1174, 1179, 1181, Abs. 2, 1182, 1183 BGB. zu beantworten. Am häufigsten taucht in der Praxis dies Problem bei den §§ 1163, 1168 BGB. auf. Zwischen der Höhe der obligatorischen Forderungen und derjenigen der dafür bestellten dinglichen Sicherheit kann unter Umständen ein Unterschied bestehen oder im Verlaufe der Zeiten zur Entstehung gelangen. Dieser Unterschied würde, nach allgemeinen Rechtsprinzipien, den nachstehenden Gläubigern zugute kommen, indem ihre Forderung, unter Beibehaltung der bisherigen Rangfolge, aufrücken würde, wenn nicht durch ausdrückliche Bestimmung eine Ausnahme geschaffen sein würde. Diese Ausnahmebestimmung ist in § 1163 BGB. getroffen worden, auf Grund dessen die Differenz zwischen der obligatorischen Forderung und der Hypothek dem Besteller der Hypothek zufällt. Maßgebend für die Schaffung dieser Bestimmung war neben anderen, schon erwähnten Ueberlegungen auch der Gedanke, daß ein nachstehender Gläubiger sich von vornherein mit der Zubilligung einer geringeren Sicherheit einverstanden erklärt habe, daher kein Grund dafür vorliege, seine Stellung ohne besondere Gegenleistung dadurch zu verbessern, daß sein Grundpfandrecht aufrückt. Der Eigentümer soll vielmehr diesen Teil seines Grundvermögens zu freier Verfügung erhalten; deshalb entsteht für ihn in den vorgesehenen Fällen eine Eigentümergrundschuld, ein eigenartiges Recht des Eigentümers an seinem Eigentum, das innerhalb des Rechtssystems einzig dasteht. Durch Verwertung dieses Rechtes zugunsten eines neuen Gläubigers kann der Schuldner dem zeitlich jüngsten Gläubiger die beste Sicherung verschaffen.

In logischer Fortführung des im § 1163 BGB. niedergelegten Gedankens mußte man dazu kommen, dem Schuldner auch in sonstigen

---

[56]) vgl. die zu den verschiedenen Theorien zitierte Literatur.
[57]) z. B. RG. 125, 367.

Fällen des Fortfalls des Gläubigerrechts den Vorteil daraus zukommen zu lassen. So entstand § 1168 BGB., auf Grund dessen dem Schuldner die Hypothek (unter Verwandlung in eine Eigentümergrundschuld) auch dann zufällt, wenn der Gläubiger auf die Hypothek ganz oder teilweise verzichtet.

Es handelt sich bei den §§ 1163 und 1168 BGB. um Ausnahmebestimmungen innerhalb des bürgerlichen Rechts, hervorgegangen aus dem besonderen Bedingungen des Hypothekenrechts. Ihnen stehen an anderen Stellen, vor allem im Obligationenrecht, keine entsprechenden Bestimmungen zur Seite. Dies wird besonders deutlich im Falle des § 1168, weil der dort vorliegende Tatbestand, Verzicht auf ein Recht, auch im Obligationenrecht vorkommen kann, im Gegensatz zu § 1163. Auch im Obligationenrecht kann ein Gläubiger auf seine Forderung verzichten. Allein die Folgen sind dann andere. Nicht dem Schuldner bleibt der dadurch freiwerdende Teil des Vermögens erhalten, vielmehr rücken die anderen Gläubiger auf, unter Beibehaltung der Reihenfolge verbessern alle Forderungen ihren Rang um den entsprechenden Wert der fortgefallenen Forderung. Die Forderung eines neu hinzukommenden Gläubigers wird die letzte und damit schwächste.

Die Nutzanwendung der so gefundenen Ergebnisse auf die Frage der Zwangsversteigerung ergibt so folgendes:

Verwandelt sich die Hypothek mit dem Zuschlag in ein obligatorisches Forderungsrecht auf den Erlös, so lassen sich die §§ 1163, 1168 nach dem Zuschlag auf das aus der Hypothek entstandene Recht nicht mehr anwenden. Da nun aber die §§ 1163 und 1168 keine Ausnahmestellung unter den dinglichen Hypothekenrechtsregeln einnehmen, ist festzustellen, daß diese dinglichen Rechtsregeln mit dem Augenblick des Zuschlags und des „Erlöschens“ der Hypothek insgesamt außer Kraft treten. Dies gilt insbesondere für den hier besonders interessierenden § 1190 BGB. Die Höchsthypothek würde also aufhören zu bestehen. Etwas ihr Entsprechendes gibt es im Obligationenrecht nicht. Die Folge ist daher, daß mit dem Augenblick des Zuschlags die Höchsthypothek in ihre verschiedenen Teile zerfällt, es tritt an ihre Stelle ein Anspruch des Subhastaten auf Auskehrung desjenigen Teiles des Erlöses, der auf seine Eigentümergrundschuld entfällt und ein weiterer obligatorischer Anspruch des Hypothekars auf den entsprechenden Teil des Erlöses, der auf seine Hypothek entfällt. Zwischen diesen beiden, aus der einheitlichen Höchsthypothek hervorgegangenen Ansprüchen fehlt es aber an jeder Beziehung. Das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis mag sich noch so sehr ändern, Forderungen mögen entstehen und erlöschen, das alles berührt die beiden Forderungen auf den Erlös nicht weiter. Denn eine schuldrechtliche Bestimmung, wonach sich auch diese Forderungen nach dem Zuschlag entsprechend den Veränderungen im zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zu ändern hätten, gibt es nicht. Das ist nur auf Grund des § 1190 möglich und dieser hat seine Wirksamkeit mit dem Zuschlag verloren. Es ist daher durch den Zuschlag das „veränderliche Rechtsverhältnis“ zum Erliegen gekommen, an seine Stelle sind zwei unveränderliche starre Forderungen getreten.

Der Zuschlag übt also bei Annahme dieser Theorie eine Wirkung auf die Höchsthypothek aus, die er nach den bisher gefundenen Ergebnissen nicht ausüben darf. Ein derartiges Einwirken des Zu-

schlags auf die Höchsthypothek entspricht aber auch nicht den Wünschen des Hypothekengläubigers, sofern das der Hypothekenbestellung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und Schuldner noch weiter gehen soll, was vielfach der Fall sein wird. Dann ist dem Gläubiger nicht mit einem obligatorischen Recht auf Befriedigung in Höhe seiner bis dahin entstandenen Forderung gedient. Er braucht vielmehr bis zur Beendigung dieses Rechtsverhältnisses weiterhin ein dingliches, variables Recht auf Sicherung.

Aber auch die Folgerungen bezüglich der §§ 1163, 1168 erscheinen unbillig, da nicht einzusehen ist, weshalb der Schuldner nach dem Zuschlag schlechter gestellt sein soll als vorher. Andererseits würde sich die Stellung der nachstehenden Gläubiger infolge des Aufrückens ihrer Hypotheken erheblich verbessern, ohne daß zu dieser Verbesserung irgend ein Grund vorläge [58]). Durch Sinn und Wortlaut des Gesetzes wird eine derartige weitgehende Wirkung des Zuschlages nicht gerechtfertigt.

Da die unbedingte Durchführung des Grundsatzes der Verwandlung der Hypothek in ein obligatorisches Forderungsrecht also zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, wird dieser Grundsatz von den meisten Vertretern dieser Lehre auch abgeschwächt dadurch, daß man dieses Forderungsrecht für ein „ganz besonderes Forderungsrecht" erklärt. Nur der RGR. Kom. [59]) zieht, wenigstens für den Bereich des § 1168, die richtigen Konsequenzen [60]), indem er erklärt, daß durch Verzicht des Gläubigers nach dem Zuschlag weder eine Eigentümergrundschuld noch ein ihr ähnliches Recht entstehe, der freiwerdende Betrag vielmehr dem Nächstberechtigten zufalle [61]). Hinsichtlich der Gültigkeit des § 1163 nach dem Zuschlag äußert sich dieser Kommentar nicht. Man muß aber wohl annehmen, daß hier dieselben Grundsätze gelten sollen wie bei § 1168. Ein Unterschied in der Behandlung beider Gesetzesbestimmungen würde bei der Aehnlichkeit des ihnen zu Grunde liegenden Tatbestandes nicht zu rechtfertigen sein [62]). Im Widerspruch zu diesen Feststellungen verneint der RGR.-Kommentar, allerdings ohne jede Begründung, einen Einfluß des Zuschlags auf die Höchsthypothek, indem er behauptet, der Zuschlag führe die Feststellung bei der Höchsthypothek nicht herbei [63]).

Reinhard [64]) und Mayer [65]) billigen dagegen dem aus der Hypothek hervorgegangenen obligatorischen Recht ganz besondere Eigenschaften zu, um auf dieses obligatorische Recht die dinglichen Hypothekenrechtsregeln anwenden zu können. Sie behaupten, das Gesetz habe keine Bestimmungen getroffen über die Vorschriften, die auf

---

[58]) vgl. im übrigen auch die Kritik Thelens an dieser Theorie, a. a. O. S. 1097.

[59]) Anm. 1 zu § 1168.

[60]) Folgend der zeitweiligen Rechtsprechung des Reichsgerichts, siehe dort.

[61]) Reinhard, Leipz. Z. 1925, S. 759, nennt den RGR. Kom. allerdings „unlogisch".

[62]) Anders Jaeckel, Zbl. F. G. 4 a. a. O.

[63]) RGR. Kom. Bem. 1 zu § 1190.

[64]) Reinhard-Müller, § 92, Anm. II u. III; Leipz. Z. 1925, S. 759; JW. 1928, S. 2850.

[65]) Gruchot a. a. O. S. 561.

diese Ansprüche anzuwenden seien. Die obligatorischen Ansprüche seien kein neues Recht, sondern das gleiche Recht wie vor der Zwangsversteigerung, das nur infolge der Versteigerung eine Umwandlung erfahren habe in Richtung einer weiteren Stufe auf dem Wege zur Erfüllung [66]).

Diesen Ausführungen kann nicht in vollem Umfange zugestimmt werden, durch die Verwandlung des dinglichen Hypothekenrechtes in ein obligatorisches Forderungsrecht ändert sich die Rechtsnatur des Anspruchs vollkommen, sodaß man nicht behaupten kann, er bleibe derselbe. Auch ist das Ziel der zum Zwecke der dinglichen Sicherung bestellten Hypothek nicht unter allen Umständen die Erfüllung, wie das Beispiel der Höchsthypothek zeigt.

Noch schärfer formuliert Reinhard diesen Standpunkt in der JW. 1928, S. 2850. Er erklärt hier den Ersatzanspruch für völlig identisch mit der Hypothek.

> „Wenn daher auch formell-rechtlich nach dem Zuschlag eine Hypothek nicht mehr besteht, so ist doch materiell-rechtlich der an ihre Stelle getretene Ersatzanspruch noch wie eine Hypothek zu behandeln".

Damit ist diese Forderung in einem derartigen Umfange aus dem Rahmen der gewöhnlichen obligatorischen Forderungen herausgehoben, daß sie fast wie ein Recht eigener Art erscheint. Auch nähert sich Reinhard (ähnlich auch Mayer) mit diesen Ausführungen erheblich der Anschauung Güthes im Jaeckel-Güthe'schen Kommentar. Die praktischen Ergebnisse dürften die gleichen sein. Nur in der Theorie scheut Reinhard noch vor dem letzten Schritt zurück, zu erklären, daß das Hypothekenrecht tatsächlich vor und nach dem Zuschlag dasselbe ist, die Hypothek also aus dem Zuschlag unversehrt hervorgeht.

Durch diese Ausführungen kommen nun Reinhard und Mayer dazu, die materiellen Rechtsregeln des Hypothekenrechts entsprechend anzuwenden auf das Recht, das aus der Hypothek nach dem Zuschlag entstanden ist. Es entstehe allerdings keine Eigentümergrundschuld in den Fällen der §§ 1163, 1168, wie Reinhard [67]) ausführt, aber der betreffende Erlösteil, der vor dem Zuschlag Eigentümergrundschuld geworden sein würde, falle nach dem Zuschlag ohne weiteres dem Subhastaten zu.

Es ist jedoch bedenklich, diese Bestimmungen des dinglichen Rechts, denen innerhalb des ganzen Rechtssystems eine Ausnahmestellung zukommt, die sich nur aus den besonderen Verhältnissen des Hypothekenrechts erklärt, auf die ganz anders gelagerten Verhältnisse des obligatorischen Rechts anzuwenden. Eine rechtliche Handhabe bietet sich dafür nicht, da entsprechende Vorschriften im obligatorischen Rechtssystem fehlen, vor allem bezüglich § 1190. Diese ausdehnende Anwendung dinglicher Rechtsregeln ist ja auch nur in Anbetracht der praktischen Notwendigkeiten vorgenommen worden. Es muß also auf die konsequente Durchführung der Verwandlungstheorie mit Rücksicht auf die praktisch unhaltbaren Ergebnisse verzichtet werden. Ein derartiges Verfahren ist stets bedenklich, es spricht nicht für die Richtigkeit

[66]) Reinhard-Müller, § 92 Anm. III.
[67]) § 92 Anm. III.

einer Theorie, wenn aus ihr nicht ohne weiteres das erforderliche praktische Vorgehen abgeleitet werden kann. Es ist daher auch hier festzustellen, daß die Ansicht, die Hypothek verwandele sich durch den Zuschlag in eine obligatorische Forderung, falsch ist, weil sie praktisch nur dadurch brauchbar wird, daß die notwendigen Folgerungen aus ihr nicht gezogen werden. Diese Theorie widerspricht auch dem Grundsatz der Surrogation, die ein unverändertes Fortbestehen der Hypothek fordert.

b) Die Hypothek wird ein Pfandrecht an der Forderung des Subhastaten auf den Erlös.

In anderer Weise haben Samter[68] und Hirsch[69]) die Rechtsnatur der Hypothek nach dem Zuschlag zu erklären versucht. Ihnen hat sich Pringsheim[70]) angeschlossen. Die ausführlichsten Darlegungen über diese Theorie hat Hirsch gemacht.

Diese Anschauung geht von der Tatsache aus, daß die Hypothek ein Pfandrecht ist. Da das Pfandrecht eine starke Wandlungsfähigkeit habe, sei es im Falle des Austausches seines Gegenstandes gegen einen anderen ohne weiteres in der Lage, diesen Ersatzgegenstand zu ergreifen. Das Grundpfandrecht beziehe sich zunächst und grundsätzlich auf ein Grundstück. Durch den Zuschlag werde dieses Grundstück ersetzt durch den Erlös, bzw., weil meist nicht bar bezahlt werde, durch die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf den Erlös. An dieser Forderung setze sich das Pfandrecht fort und müsse damit zwangsläufig zu einem Forderungspfandrecht, also zu einem Mobiliarpfandrecht werden.

Es wird auf die entsprechende Vorschrift im Mobiliarpfandrecht, § 1287, verwiesen, auf Grund dessen das Forderungspfandrecht bei Leistung sofort auf den Leistungsgegenstand, das Surrogat, übergehe. Bei der Zwangsversteigerung sei das Surrogat für das Grundstück zunächst die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf Zahlung des Erlöses und an diesem Surrogat setze sich das dingliche Recht fort.

Für diese Theorie spricht, daß bei ihr das Recht seinen Charakter nicht ändert, es bleibt ein dingliches Pfandrecht, wird nur aus einem Grundpfandrecht zu einem Mobiliarpfandrecht. Sie verträgt sich daher auch mit den Grundsätzen der Surrogation, da sich nur der Anspruchsgegenstand ändert (aus dem Grundstück wird eine Forderung), das Rechtsverhältnis, die Beziehung des Gläubigers zum Gegenstand bleibt die gleiche, ein dingliches, auf Sicherung gerichtetes Pfandrecht.

Trotzdem ist diese Theorie abzulehnen. Im Mobiliarpfandrecht gibt es grundsätzlich keinen Uebergang des Forderungspfandrechtes auf den Forderungsgläubiger (dessen Stellung der des Subhastaten im Immobiliarpfandrecht entspricht), so daß im Falle des Verzichtes des Pfandgläubigers (im Immobiliarpfandrecht Hypothekengläubiger) der überschießende Rest für die nachstehend Berechtigten frei wird. Das bedeutet also, daß nach dem Zuschlag die §§ 1168 und 1163 BGB. ihre Wirksamkeit verlieren. Diese Folgerung zieht auch Hirsch[71]). Schon

[68]) a. a. O. S. 59.
[69]) Uebertrag. d. Rechtsausüb. S. 368 ff. Er nahm früher einen anderen Standpunkt ein, vgl. oben.
[70]) a. a. O. S. 590.
[71]) a. a. O. S. 379/380.

dieses Ergebnis ist aber nach dem Vorhergesagten unerwünscht und unpraktisch, die Unhaltbarkeit der Theorie ergibt sich jedoch noch deutlicher durch Betrachtung der Folgen, die sie für die Höchsthypothek hat.

Es gibt kein Höchstbetragspfandrecht an Mobilien und Forderungen. Im Mobiliarpfandrecht besteht also keine der Höchstbetragshypothek entsprechende Funktion. Das Pfandrecht für eine künftige oder bedingte Forderung ist ganz anderer Art, es entspricht der Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung. Es fehlt also an der vorbehaltenen Feststellung und damit an dem „veränderlichen Rechtsverhältnis“ in der Schwebezeit. Es gibt im Mobiliarpfandrecht aber vor allem nichts der Eigentümergrundschuld Entsprechendes.

Damit ergibt sich hinsichtlich der Höchsthypothek nach dem Zuschlag folgende Rechtslage: Ist eine Höchstbetragshypothek beim Zuschlag nur zum Teil valutiert, also nur insoweit Fremdhypothek, im übrigen jedoch nicht valutiert und daher Eigentümergrundschuld, dann würde der Hypothekengläubiger nur in Höhe seiner Fremdhypothek ein Pfandrecht an der Forderung gegen den Ersteher erhalten, die Eigentümergrundschuld würde dem bisherigen Eigentümer in Form eines Pfandrechtes zufallen, bzw. von Dritten erfaßt werden können. Das Pfandrecht des Hypothekengläubigers an der Forderung könnte aber selbst beim Entstehen neuer Forderungen aus dem gesicherten Schuldverhältnis nicht mehr wachsen, weil es dafür infolge des Fehlens eines Höchstbetragspfandrechtes keine rechtliche Handhabe gibt. Es würde also auch nach dieser Theorie der Zuschlag das Ende des „veränderlichen Rechtsverhältnisses“ bedeuten, so daß unzulässigerweise mit dem Zuschlag die Wirkungen der Feststellungen eintreten würden.

Es ist auch nicht möglich, dem Hypothekengläubiger nach dem Zuschlag ein Pfandrecht in Höhe des Höchstbetrages der Hypothek zu geben, und erst nach der Feststellung der zu Grunde liegenden Forderungen die Differenz zwischen diesen und dem Höchstbetrage dem früheren Grundstückseigentümer auszukehren. Denn dazu müßte man einerseits die Höchsthypothek entsprechend der älteren, abgelehnten Theorie als ursprüngliche Gläubigerhypothek auffassen, andererseits würde der Auszahlung der Differenz an den Subhastaten die Tatsache entgegenstehen, daß § 1163 hier nach dem Zuschlag keine Anwendung mehr finden kann.

Es ist aber auch sonst an dieser Theorie auszusetzen, daß sie den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht, denn die Stellung des Hypothekengläubigers zum Erlös bzw. zu der Forderung auf den Erlös ist von der des Forderungspfandgläubigers zur Forderung erheblich verschieden [72]). Dies erkennt auch Hirsch selbst und erklärt daher, das Forderungspfandrecht des ehemaligen Hypothekengläubigers unterliege teilweise anderen Rechtsregeln als das gewöhnliche Forderungspfandrecht [73]).

Man kommt daher bei dieser Theorie zu denselben Ergebnissen wie bei der zuvor besprochenen Anschauung: die konsequente Durchführung der Theorie steht nicht im Einklang mit den Erfordernissen

---

[72]) vgl. hierzu auch die Kritik Thelens, a. a. O., S. 1095. Er sagt sogar: „Von den Vorschriften über das Forderungspfandrecht paßt keine einzige auf das Verhältnis des Berechtigten zum Vollstreckungsschuldner“.

[73]) a. a. O. S. 385 ff.

der Praxis, auch fügt sich die Theorie nicht zwangslos in den Rahmen des gesamten Gesetzes ein. Auch diese Anschauung bringt daher keine befriedigende Lösung. Sie kann nicht als richtig angesehen werden.

c) Die Hypothek wird ein prozessualer Anspruch gegen den Staat.

Einer dritten Lehrmeinung zufolge, soll sich die Hypothek in einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Staat verwandeln. Hauptvertreter dieser Lehre ist Du Chesne [74]).

Seine Ausführungen besagen etwa: Durch den Zuschlag erlischt die Hypothek, d. h. sie verschwindet vollkommen. Uebrig bleibt nur die leere Rangstelle. Das dingliche Hypothekenrecht setzt sich nicht fort, es verwandelt sich auch nicht, etwa in einen obligatorischen Anspruch usw., es ist einfach nicht mehr da. Da aber das Hypothekenrecht nach dem Zuschlag nicht mehr in den Rechtsverkehr kommt, sondern innerhalb der Zwangsversteigerung bleibt, braucht es auch keinen Privatrechtscharakter mehr. Der Zweck der Hypothek ist mit dem Zuschlag hinfällig geworden, die Hypothek ist daher überflüssig, sodaß es nicht der Annahme ihrer Fortexistenz in einer anderen Form bedarf.

Es besteht jetzt nur innerhalb der Zwangsvollstreckung ein prozessualer Anspruch des Hypothekengläubigers gegen den Staat auf Auskehrung des auf seine Hypothek entfallenden Teiles des Erlöses, und dieser Anspruch ist öffentlich-rechtlich. Durch diesen Anspruch sind die ehemaligen Grundpfandrechte ausreichend geschützt, da sie nur Uebergangserscheinungen auf dem Weg zum Endziel der Hypothek, der Befriedigung des Gläubigers, sind. Du Chesne nennt diese Rechte daher auch die „sogenannten Ansprüche auf den Versteigerungserlös“ oder die „nur prozessual geschützten Privatinteressen“.

Die Auffassung vom Wesen der Grundpfandrechte nach dem Zuschlag ist überhaupt nur haltbar unter der Voraussetzung, daß die Abwicklung des Zwangsversteigerungsverfahrens schnell und ohne Schwierigkeiten vonstatten geht, und daß dem Gläubiger an baldmöglichster Auskehrung seines Erlösteiles gelegen ist. Sobald jedoch die Zwangsvollstreckung sich länger hinzieht, sodaß der Gläubiger evtl. genötigt ist, Rechtsgeschäfte bezüglich der erloschenen Hypothek vorzunehmen, oder wenn der Gläubiger aus bestimmten Gründen kein Interesse an einer sofortigen Auszahlung des Erlöses hat, versagt diese Theorie vollkommen. Denn da das dingliche Recht mit dem Zuschlag restlos verschwindet, muß auch die Geltung der dinglichen Rechtsregeln aufhören. Sie lassen sich nicht einmal analog anwenden, da eben überhaupt kein Privatrecht mehr vorhanden ist [75]). Es ver-

[74]) KG. Bl. a. a. O.; Pos. M. Schr. a. a. O.; Seuff. Bl. S. 516; Bayer. Rechtspfl. Z. 1905, S. 258; Sächs. Arch. Bd. 15, a. a. O.; ferner Nottebohm, a. a. O.; offenbar auch Kiese, a. a. O. S. 18; aber unklar; Schneider, a. a. O. S. 304, ist Vertreter dieser Lehre für den Bereich des alten Rechts.

[75]) Dies verkennt Nottebohm, a. a. O., wenn er sagt: „Mag auch eine „Hypothek“ nicht mehr bestehen, so hat sich doch an dem spezifisch sicherungsrechtlichen Charakter des hypothekarischen Rechtes nichts geändert“. Nottebohm übersieht hier, daß nach der Ansicht Du Chesnes, dem er sich im übrigen anschließt, überhaupt kein privates, also auch kein hypothekarisches Recht mehr besteht, vielmehr nur ein prozessualer Anspruch auf Auskehrung des Erlösteils. Nottebohm sieht die praktische Unmöglichkeit einer völligen Durchführung der von ihm vertretenen Theorie ein und versucht, diese Unmöglichkeit durch die erwähnte Bemerkung zu beseitigen.

lieren damit auch die §§ 1163 und 1168 ihre Wirksamkeit. Ebenso hört die Höchsthypothek nunmehr auf zu bestehen. Das „veränderliche Rechtsverhältnis“ findet sein Ende und damit entgeht dem Gläubiger für die Zukunft die ihm zustehende Sicherung. Die Höchsthypothek kann also bei Befolgung dieser Theorie ihre Aufgabe nicht restlos erfüllen.

Die Anschauung, die Hypothek werde mit dem Zuschlag ein lediglich prozessualer Anspruch gegen den Staat, wird also den Anforderungen der Praxis ebenfalls nicht gerecht, ohne daß sich bei der Eigenart dieses Anspruches ein Weg fände, Theorie und Praxis zu vereinigen. Sie widerspricht aber auch den Grundsätzen der Surrogation, da nach ihr eine Veränderung der Beziehung zwischen Gläubiger und Gegenstand eintritt. Auch diese Anschauung ist daher offenbar unrichtig.

d) Die Hypothek wird ein dingliches Recht eigener Art.

Eine Anzahl von Schriftstellern erkannte das Bedenkliche, das darin liegt, die materiellen Hypothekenrechtsregeln auf ganz andersartige rechtliche Verhältnisse zu übertragen, wie es bei den bisher behandelten Theorien stets erforderlich ist. Ihnen schien es allerdings ein unumstößlicher Grundsatz zu sein, daß die Hypothek in fester Beziehung zum Grundstück stehen müsse. Löst sich die Hypothek vom Grundstück, wie das beim Zuschlag unstreitbar der Fall ist, so hört das Recht auf, eine Hypothek zu sein, das hypothekarische Recht verwandelt sich in ein anderes.

Dieses Recht mußte, um darauf die Hypothekenrechtsregeln anwenden zu können, dem hypothekarischen Recht sehr ähnlich sein. So kam man zu der Annahme der Ersetzung des hypothekarischen Rechts durch ein dingliches Recht eigener Art, das „Recht auf Befriedigung“ [76]). Auf dieses dingliche Recht konnte man dann die materiellen Hypothekenrechtsregeln analog anwenden, denn dieses dingliche Recht hatte eine ganz ähnliche Natur wie das Hypothekenrecht selbst. Auch würde die Umwandlung des Hypothekenrechts in ein dingliches Recht ähnlicher Art mit den Grundsätzen der Surrogation vereinbar sein.

Die Aehnlichkeit zwischen dem hypothekarischen Recht und dem Ersatzrecht ist überhaupt so stark, daß schon fast von einer Identität

---

[76]) So Bergk, a. a. O. S. 133, und Anm. 1; anscheinend auch Strohal a. a. O. S. 159, vgl. unten; ferner: Jaeckel, Gruchot, a. a. O. S. 600. Jaeckel erkennt schon die Tatsache, daß die Hypothek weniger am Grundstück selbst als am Grundstückswert haftet, ohne jedoch daraus die richtigen Schlüsse zu ziehen. Das ist erst durch Güthe im Jaeckel-Güthe-Kom. erfolgt. An Jaeckel schließt sich ohne eigene Ausführ. an Eccius, a. a. O. S. 164.

Auch Thelen, a. a. O. S. 1098, ist wohl hierher zu rechnen. Er nennt das Ersatzrecht einen „grundpfandartig, zweckgebundenen Liquidationsanspruch auf das Surrogat“. Auf diesen Anspruch sollen die Hypoth. Rechtsregeln materieller Art analog anwendbar sein, dabei hat er vorher, S. 1092 betont, daß die Surrogation keine Aenderung der Art des Rechtes zur Folge haben könne. Zum Unterschied von Strohal verwirft Thelen auch die Jaeckel-Güthe'sche Anschauung vom Wesen der Hypothek, während Strohal sich dieser Ansicht in weitem Umfange anschließt. Thelens Standpunkt erklärt sich daher aus einer falschen Auffassung von der Hypothek und vom Inhalt des § 91 ZVG.

gesprochen werden kann. Denn ein dingliches Recht, das den gleichen materiellen Rechtsregeln unterworfen ist wie das hypothekarische Recht, dürfte nichts anders sein als das Hypothekenrecht selbst in der Form, die es nach Loslösung vom Grundstück gewinnt. Die Identität ist ohne weiteres gegeben, wenn festgestellt wird, daß das Hypothekenrecht zu seinem Fortbestand nicht unbedingt das Grundstück selbst benötigt. Daß dies möglich ist, soll weiter unten erörtert werden. Dann bedarf es aber eines Unterschiedes zwischen der Rechtsnatur der Hypothek vor und nach dem Zuschlag nicht mehr, es wird also die ganze Theorie der Umwandlung in ein dingliches Recht eigener Art hinfällig.

Diese Auffassung wäre auch schwer vereinbar mit dem sachenrechtlichen Grundsatz des BGB., daß die beschränkt dinglichen Rechte im BGB. erschöpfend aufgezählt sind. Es würde eine immerhin bedenkliche Durchbrechung dieses Grundsatzes bedeuten, wollte man in diesem Falle die Neuschaffung eines dinglichen Rechtes durch Auslegung, Analogie usw. zulassen.

e) Verschiedene Ansichten.

In diesem festen System von vier Theorien läßt sich eine Anzahl Schriftsteller nicht unterbringen bei welchen die Natur des neuen Rechtes, das nach dem Zuschlag entstehen soll, nicht näher erörtert wird. Es wird lediglich erklärt, daß die Hypothek sich auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen nach dem Zuschlag in einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös verwandele. Ob dieser Anspruch obligatorischer oder dinglicher Natur ist, ob er sich gegen den Subhastaten, den Ersteher oder gegen den Staat richtet, wird nicht klargestellt. Es ist allerdings wohl anzunehmen, daß es sich dabei um einen obligatorischen Anspruch gegen den Subhastaten handeln soll [77]).

Andere Schriftsteller begnügen sich nur mit der Feststellung der Folgeerscheinungen, sodaß aus diesen Folgeerscheinungen die Rechtsnatur abgeleitet werden muß. Sie erklären, daß nach dem Zuschlag die §§ 1168 oder 1163 BGB., oder auch beide zusammen keine Anwendung mehr finden können. Aus dieser Stellungnahme ist zu schließen, daß die Vertreter dieser Ansicht eine Aenderung des Hypothekenrechts nach dem Zuschlag annehmen, da sonst, wenn das Hypothekenrecht unverändert erhalten bleiben sollte, die Nichtanwendung der §§ 1168, 1163 keinen logischen Grund hätte [78]).

Es bleiben noch einige Schriftsteller, die ein Erlöschen der Hypothek nach dem Zuschlag und ihren Ersatz durch ein Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös annehmen, jedoch die §§ 1163, 1168 BGB. auf dieses Ersatzrecht für anwendbar erklären. Es fehlt hier sowohl an näheren Ausführungen über die Natur des Ersatzrechtes, wie an solchen über die Art, in der die dinglichen Rechts-

---

[77]) So u. a. Turnau-Förster, Anm. 5 zu § 1168; Beck, a. a. O., S. 121.

[78]) vgl. z. B. Dernburg, a. a. O. § 239 Anm. 6; Crome, a. a. O. § 473, Anm. 45; Kretzschmar, Sachenrecht, Anm. 5 zu § 1168; ders. Zbl. FG. 4, S. 198; Schreiber, Sächs. Arch. S. 335; OLG. Dresden, Zbl. FG. Bd. 3 S. 466.

regeln auf das Ersatzrecht Anwendung finden sollen[79]). Es bedarf nach dem bisher Gesagten keiner weiteren Ausführungen darüber, daß diese auf praktischen Bedürfnissen beruhende Stellungnahme sich theoretisch nicht ohne weiteres halten läßt[80]).

f) Zusammenfassung.

Zusammenfassend ist auf Grund der bisherigen Untersuchungen also festzustellen: Die Anschauung, daß das hypothekarische Recht seine rechtliche Natur durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung ändere, ist unbefriedigend, wobei es gleichgültig ist, welcher der vier Theorien, die in dieser Frage aufgestellt sind, man folgt. In allen Fällen ergibt sich das gleiche Bild, daß bei folgerichtiger Anwendung der Theorie die Hypothekenrechtsregeln nicht ohne weiteres angewendet werden kann, dies vielmehr nur im Wege einer meist bedenklichen Analogie möglich ist. Die praktischen Notwendigkeiten erfordern aber die Anwendung der materiellen Hypothekenrechtsregeln, da anderenfalls die Ergebnisse unbillig sind, wie an dem Beispiel der §§ 1163 und 1168 BGB. gezeigt wurde, oder, wie an Hand der Höchsthypothek bewiesen wurde, mit der rechtlichen Natur gewisser Institutionen des dinglichen Rechts in unlösbarem Widerspruch stehen. Auch verstoßen diese Theorien teilweise gegen grundlegende Vorschriften des Rechts und fügen sich daher nicht in den theoretischen Gesamtaufbau des Rechtssystems.

2. Jaeckel-Güthe's Theorie:

Das hypothekarische Recht bleibt unverändert das gleiche.

Fast alle diese Schwierigkeiten beruhen auf der Tatsache, daß die Vertreter dieser Lehre dem Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren die Kraft zumessen, das dingliche Hypothekenrecht in seinem Wesen zu ändern, sodaß nach dem Zuschlag ein anders geartetes Recht an die Stelle des Hypothekenrechts tritt. Die Schwierigkeiten würden sofort behoben sein, wenn das dingliche Hypothekenrecht ohne Veränderung seines Wesens über den Zuschlag hinweggeleitet werden könnte, dergestellt, daß das Recht nach dem Zuschlag mit dem vor dem Zuschlag völlig wesensgleich wäre. Das ist allerdings unmöglich, solange an der Anschauung festgehalten wird, daß das hypothekarische Recht zu seinem Bestehen die Beziehung zum Grundstück braucht. Dann findet zweifellos das hypothekarische Recht sein Ende mit der Loslösung vom Grundstück, die beim Zuschlag erfolgt. Da das Ersatzrecht nach dem Zuschlag sich nicht mehr auf ein Grundstück, sondern auf den Erlös desselben bezieht, muß bei Annahme dieser Ansicht dieses Ersatzrecht eine andere Natur haben. Eine Aenderung

---

[79]) So v. d. Pfordten, Anm. 1 zu § 92; Planck, Anm. 4c zu § 1163, Anm. 2e u. 3c zu § 1168, Anm. 3c zu § 1143; Warneyer Anm. IV zu § 1163, Anm. II zu § 1163, 1168; Loewenwarter, Anm. zu §§ 1163, 1168; Biermann, Anm. 6 zu § 1168; Werneburg, Bayer. Not. Z. 1917 Seite 392; Goldmann-Lilienthal a. a. O. Seite 579 Anm. 34.

[80]) Jaeckel, Zbl. FG. 4. a. a. O. steht auf dem Standpunkt einer Verwandlung des Hypothekenrechts nach dem Zuschlag. Trotzdem soll § 1163 nach dem Zuschlag anwendbar sein, nicht aber § 1168. Mit diesem eigenartigen, anscheinend widerspruchsvollen Standpunkt folgt er der älteren Stellungnahme des Reichsgerichts. Näheres siehe dort.

des Gegenstandes, auf den sich das hypothekarische Recht bezieht, muß auch eine Aenderung des Rechts bewirken.

Es ist jedoch garnicht notwendig, daß das hypothekarische Recht zu seinem Bestehen ein Grundstück voraussetzt, es kann ohne weiteres auch an den Surrogaten des Grundstücks fortbestehen. Um dies zu beweisen, ist es erforderlich, auf das Wesen der Hypothek einzugehen. Nach der gesetzlichen Definition in § 1113 BGB. besteht das Wesen der Hypothek darin, daß die Zahlung einer bestimmten Geldsumme an einen anderen versprochen wird und zwar aus dem Grundstück. Eine Zahlung „aus dem Grundstück" hieße, genau verstanden, eine Zahlung mit den Erträgnissen des Grundstücks, denn nur diese stammen unmittelbar „aus dem Grundstück". Eine derartige Zahlung ist jedoch mit der Hypothek nicht beabsichtigt.

Es ist davon auszugehen, daß die Hypothek ein Pfandrecht ist. Der Pfandgläubiger beabsichtigt lediglich, sich für eine obligatorische Forderung gegen den Pfandschuldner eine Sicherheit zu verschaffen. Der Pfandgläubiger wird stets solange wie möglich versuchen, auf eine andere Art als durch Verwertung des Pfandes zur Befriedigung wegen seiner Forderung zu gelangen. Zur Verwertung des Pfandes wird er nur im Notfalle schreiten wenn er eine Erfüllung seiner Forderung durch den Schuldner in anderer Weise nicht erreichen kann.

Der Zweck des Pfandrechtes besteht also in erster Linie in der Sicherung des Pfandgläubigers, erst in zweiter Linie bezweckt das Pfandrecht die Befriedigung des Gläubigers.

Um diese Sicherheit zu erlangen, muß der Pfandgläubiger erreichen, daß irgend ein Vermögenswert des Schuldners ihm haftet, für ihn dinglich gebunden wird. Der Träger dieses Wertes ist dabei dem Pfandgläubiger verhältnismäßig gleichgültig, die rechtliche Natur des Pfandgegenstandes spielt für ihn keine große Rolle, wichtig ist für ihn nur der dem Gegenstand innewohnende Wert. Die Natur des Pfandgegenstandes ist nur bedeutungsvoll für die Form der Pfandbestellung, die bei Mobilien und Immobilien verschieden ist.

Es ergibt sich also daraus, daß die Hypothek als Grundpfandrecht sich auf den Wert des Grundstücks bezieht dergestalt, daß der Wert des Grundstücks durch die Hypothek dinglich gebunden wird zur Sicherung eines obligatorischen Anspruchs des Hypothekengläubigers gegen den Schuldner. Das Grundstück als solches interessiert den Gläubiger nicht, nur der ihm innewohnende Wert.

Grundstückswert und Grundstück pflegen allerdings für gewöhnlich untrennbar verbunden zu sein. Das ändert sich jedoch in der Zwangsversteigerung, denn hier gewinnt der Grundstückswert, insoweit er für Hypothekengläubiger dinglich gebunden ist, eine selbständige Existenz in Gestalt des Erlöses.

Denn nur in der Zwangsversteigerung kommt die Hypothek zum Erlöschen durch Befriedigung „aus dem Grundstück", d. h. aus dem Grundstückswert in Gestalt des Versteigerungserlöses. Im Zwangsversteigerungsverfahren wird nun den Berechtigten durch die §§ 105 ff. ZVG. die Gewähr dafür geboten, daß ihre Ansprüche aus dem Erlös befriedigt werden. Die Haftung des Grundstücks selbst wird daher überflüssig, weil der Wert des Grundstücks, der bisher für die Zahlung durch die Hypothek dinglich gebunden war, eine selbständige

Existenz in Gestalt des Erlöses gefunden hat. Die zwingende Vorschrift der §§ 105 ff. ZVG. bietet den Grundpfandgläubigern aber die Garantie, daß der Grundstückswert in seiner neuen Form genau so für die Forderung der Gläubiger haftet, wie er es in seiner alten Form, dem Grundstück, getan hat.

Die Hypothek bleibt also bestehen, solange der Grundstückswert vorhanden ist, gleichgültig, welche Daseinsform der Grundstückswert annimmt. Die Hypothek, von vertraglicher Aufhebung abgesehen, hat nur dann ein Ende, wenn der Grundstückswert als solcher verschwindet. Das wäre möglich durch Untergang des Grundstücks, ein Fall, der praktisch nicht vorkommen dürfte. Dagegen geschieht es häufig, daß der Grundstückswert teilweise verschwindet, indem infolge wirtschaftlicher Vorgänge der Wert des Grundstücks abnimmt, der Erlös in der Zwangsversteigerung also nicht ausreicht, sämtliche Belastungen, die zu Zeiten eines höheren Grundstückswertes vorgenommen worden sind, zu befriedigen. Das führt dann zum Ausfall der letztstehenden Hypotheken, d. h. also, das hypothekarische Recht erlischt, weil der Grundstückswert auf den die Hypothek sich bezog, sich insoweit in ein Nichts aufgelöst hat und verschwunden ist.

Durch den Zuschlag wird der Wert des Grundstücks selbst nicht betroffen, er ändert nur seine Erscheinungsform. Wenn der Wert bisher in dem Grundstück verkörpert wurde, wird er jetzt durch den Erlös, und, solange der Erlös nicht bezahlt ist, durch die Forderung auf Zahlung des Erlöses verkörpert.

Diese Aenderung der äußeren Erscheinung berührt das hypothekarische Recht, das sich auf den Wert des Grundstücks bezieht, materiellrechtlich in keiner Weise. Das Recht ist also vor und nach dem Zuschlag genau das gleiche dingliche hypothekarische Recht, in erster Linie auf Sicherung, in zweiter Linie auf Befriedigung gerichtet.

Die vor dem Zuschlag am Grundstück bestehenden Grundpfandrechte setzen sich also unverändert nach dem Zuschlag am Erlöse fort, ohne ihr Wesen und ihre Rechtsnatur zu ändern. Nur der Gegenstand, auf den sie sich beziehen, hat sich geändert. Ausgetauscht wird nicht die Hypothek gegen den Zahlungsanspruch, sondern nur das Grundstück gegen den Versteigerungserlös.

Damit steht das Verhalten des hypothekarischen Rechtes in Einklang mit den Grundsätzen der Surrogation. Denn das Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandgegenstand, die Beziehung der Person zur Sache, bleibt vor und nach dem Zuschlag die gleiche. Nur der Gegenstand, auf den sich die Hypothek bezieht, ändert sich, indem an die Stelle des Grundstücks der Erlös tritt.

Es ist selbstverständlich daß die materiellen Hypothekenrechtsregeln für das unveränderte hypothekarische Recht nach dem Zuschlag ihre Gültigkeit behalten. Es bedarf dazu keiner Analogie, vielmehr findet das gesamte Hypothekenrecht (mit Ausnahme der Formvorschriften) ohne weiteres nach dem Zuschlag genau so Anwendung wie vorher. Im Falle des Verzichts auf die Hypothek ist also gemäß § 1168 zu verfahren im Falle einer Differenz zwischen hypothekarischer Sicherheit und obligatorischer Forderung gemäß § 1163 BGB.

Auch § 1190 BGB. läßt sich ohne weiteres nach dem Zuschlag anwenden. Die Höchsthypothek sichert also auch weitere, neu entstehende

Forderungen des Gläubigers aus dem gesicherten Forderungskreis. Das „veränderliche Rechtsverhältnis" innerhalb der Hypothek bleibt weiterhin veränderlich, bis eine der beiden Vertragsparteien die vorbehaltene Feststellung verlangt.

Bei Anwendung der Hypothekenrechtsregeln nach dem Zuschlag ist allerdings zu beachten, daß der „Eigentümer" im Sinne der §§ 1163, 1168 BGB. nicht der Ersteher, also der neue Eigentümer des Grundstücks ist, sondern entsprechend dem Sinn dieser Vorschriften der Eigentümer des Grundstückswertes, auf den sich die Hypothek bezieht, und das ist der Subhastat als Eigentümer des Erlöses [81]).

Diese Theorie, ursprünglich von Jaeckel begründet, der aber zunächst nicht in vollem Umfang die richtigen Folgerungen daraus zog [82]), ist dann von Güthe weiter ausgebaut worden und wird von ihm im Jaeckel-Gütheschen Kommentar zum ZVG. [83]) ausführlich behandelt. Ihm haben sich eine Reihe anderer Schriftsteller angeschlossen [84]). Auch die Berichte der zweiten Kommission lassen den hier eingenommenen Standpunkt gerechtfertigt erscheinen [85]), wenn es hier heißt:

> „Die Forderung an den Ersteher auf Zahlung steht dem Schuldner zu, und diese Forderung ist mit den Ansprüchen der Realberechtigten in der gleichen Weise belastet wie das Grundstück und die mitversteigerten Gegenstände es waren".

Aehnlich drücken sich die Motive S. 263 aus:

> „Hypotheken und Grundschulden setzen sich einfach an der Forderung aus dem Meistgebote und, soweit dasselbe durch Zahlung erfüllt wird, an dem gezahlten Gelde fort."

Oberneck kommt [86]), wenn auch mit anderer Begründung, ebenfalls zu demselben Ergebnisse wie Jaeckel-Güthe, auch nach seiner Ansicht ist das dingliche Recht vor und nach dem Zuschlag das gleiche.

Staudinger [87]) spricht noch nach dem Zuschlag von einer „Hypothek" und erklärt § 1168 BGB. für anwendbar. Damit folgt er offenbar der Ansicht Jaeckel-Güthes.

Wenz und Wagner [88]) weisen besonders darauf hin, daß mit dem Zuschlag nicht alle Beziehungen zum Grundstück erloschen sind, da das Grundstück gemäß § 128 ZVG. weiterhin für den Erlös haftet. Wird der Erlös vom Ersteher nicht bezahlt, so wird letzten Endes das

---

[81]) vgl. Jaeckel, Gruchot 50, S. 602.

[82]) Gruchot Bd. 50, S. 600 ff. s. auch oben.

[83]) § 92 Anm. I 1 u. III, § 91 Anm. 2; ähnlich: Seuff. Bl. 76, S. 615; DJZ. 09, S. 930 ff.

[84]) Predari, Gruch. Beitr. 55, S. 840; Meiser a. a. O. S. 793 Anm. 34; Güthe-Triebel, Anm. 17 zu § 22; Endemann § 115, dazu Anm. 34, ferner § 116, Anm. 41; Fischer-Schäfer, Anm. 1 und 2 zu § 92; offenbar ebenso Wolff, Sachenrecht § 130 Anm. 9 vgl. auch § 144 Anm. 2; ferner Lafrenz a. a. O. Er erklärt §§ 1168, 1163, auch nach dem Zuschlag für anwendbar, daraus ist zu schließen, daß das Recht sich nicht ändert.

[85]) vgl. Rothenberg a. a. O., Seite 270.

[86]) Reichsgrundbuchrecht, Band 2, Seite 52.

[87]) Bem. 8 zu § 1168.

[88]) a. a. O. Anm. 1 zu § 92.

Grundstück wieder mit Rechten belastet, die ihren Entstehungsgrund in den „erloschenen Rechten" haben.

Eine eigentümlich widerspruchsvolle Haltung nimmt Hirsch[89]) ein. Er steht zwar grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß die Hypothek nach dem Zuschlag ein Forderungsrecht gegen den Ersteher wird, möchte aber offenbar zu Gunsten der Höchstbetragshypthek eine Ausnahme machen, um das „veränderliche Rechtsverhältnis" nicht vorzeitig zum Erstarren zu bringen, denn er schreibt:

> „Sollte die Höchsthypothek durch den Zuschlag am Grundstück erlöschen, so besteht sie am Erlöse weiter."

Das kann nur heißen: Als das gleiche Recht. Er macht damit für die Höchsthypothek eine Ausnahme von der allgemeinen Regelung, ohne diese Ausnahme irgendwie zu rechtfertigen. Sie dürfte auch nur aus praktischen Erwägungen heraus erfolgt sein[90]) [91]).

Dem Gütheschen Standpunkt kommt auch Strohal[92]) sehr weit entgegen. Güthe[93]) hält ihn sogar für einen Anhänger seiner Lehre. Strohal will jedoch nicht zugeben, daß das dingliche Recht vor und nach dem Zuschlag völlig das gleiche ist. Er hält dies für einen Widerspruch zu der Bestimmung in § 91 ZVG. Trotzdem soll das dingliche Recht des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstückserlös praktisch denselben Gehalt haben, den früher das Grundstücksrecht selbst hatte. Auch die materiellen Hypothekenrechtsregeln, vor allem die Vorschriften der §§ 1163, 1168 BGB. sollen nach dem Zuschlag anwendbar sein. Strohal sagt allerdings in seinen Ausführungen nur, welche Natur das neue Recht nach dem Zuschlag nicht hat, ohne sich positiv festzulegen. Doch gehört er nach dem ganzen Sinn seiner Darlegungen offenbar zu den Verfechtern eines dinglichen Rechtes eigner Art.

Die Fortdauer der Gültigkeit der Hypothekenrechtsregeln nach dem Zuschlag erstreckt sich auch nach der Jaeckel-Gütheschen Theorie allerdings nur auf die materiellen Gesetzesbestimmungen, die formellen Vorschriften finden ihr Ende mit dem Zuschlag. Doch berührt dies Erlöschen den Fortbestand des dinglichen Rechts nicht weiter, denn für dieses dingliche Recht sind die formellen Vorschriften nicht lebensnotwendig, da sie, wie an anderer Stelle ausgeführt, nur mit Rücksicht auf die Beziehung der Hypothek zum Grundstück geschaffen sind. Wichtig sind nur die materiellen Rechtsregeln des Hypothekenrechts.

Es mag allerdings fraglich erscheinen, ob das Recht am Erlös, das nach dem Zuschlag besteht, weiterhin den Namen „Hypothek"

---

[89]) Vorl. Eigentümerhyp. S. 243.

[90]) vgl. dazu auch Strohal a. a. O., S. 180, der mit Recht darauf hinweist, daß die materiell-rechtlichen Rechtsregeln ein festes untrennbares System bilden, das entweder ganz angewandt oder ausgeschlossen werden muß. Ausnahmen zu Gunsten einzelner Bestimmungen sind nicht zulässig.

[91]) Ein ähnlicher Widerspruch findet sich bei Kretzschmar, Lehrb. Auf S 198 erklärt er die Hypothek nach dem Zuschlag für ein Forderungsrecht gegen den Subhastaten. Vorher sagt er jedoch auf S. 163, die Hypotheken setzen sich „einfach" an dem Erlös fort.

[92]) a. a. O., Seite 159.

[93]) § 92, Anm. I, 1.

bzw. „Grundschuld“ verdient. Denn das Rechtsgebilde, das mit dem Wort „Hypothek“ bezeichnet wird, umfaßt notwendigerweise alle formellen und materiellen Vorschriften, die das Gesetz für dieses Rechtsgebilde geschaffen hat. Durch den Fortfall der formellen Vorschriften findet das Institut der „Hypothek“ sein Ende, das wichtigste an diesem Institut aber, das „hypothekarische Recht“, wie es kurz genannt werden soll, bleibt bestehen. Das „hypothekarische Recht“ umfaßt die das Wesen der Hypothek ausmachende dingliche Gebundenheit des Grundstückswertes zu Gunsten des Pfandgläubigers, auf Sicherheit und auf Befriedigung gerichtet. Das „hypothekarische Recht“, ist, kurz gesagt, die Hypothek in der Form, die sie nach Ablösung vom Grundstück annehmen muß.

Dies verkennt Thelen [94]), wenn er glaubt, in der Zulassung von Aenderungen des formellen Hypothekenrechts eine Inkonsequenz Jaeckel-Güthes finden zu können. Der Standpunkt Jaeckel-Güthes ergibt sich zwingend aus den Vorschriften des Gesetzes. Es findet sich daher in Schrifttum und Rechtsprechung keine Stimme, die eine Fortführung des formellen Hypothekenrechts nach dem Zuschlag fordert. Auch Thelen selbst muß für den Bereich seiner Theorie das Außerkrafttreten dieser Bestimmungen anerkennen.

Die Gegner der Jaeckel-Gütheschen Theorie versuchen ihre Unhaltbarkeit meist mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 91 ZVG. zu beweisen [95]). Sie behaupten, da das Erlöschen der Rechte in diesem Paragraphen vorgeschrieben sei, verstoße es gegen zwingende Gesetzesnormen, einen unveränderten Fortbestand dieser Rechte anzunehmen.

Es ist aber ohne weiteres zu erkennen, daß § 91 ZVG. nicht wörtlich verstanden werden kann. Ein Erlöschen der Hypothek bedeutet, daß die Hypothek verschwindet, das dingliche Recht des Gläubigers auf Sicherung und Befriedigung aus dem Grundstück fortfällt, und das Grundstück und sein Surrogat, der Erlös, von der Belastung frei werden. Diesen Erfolg will die Vorschrift des § 91 ZVG. ganz ersichtlich nicht herbeiführen. Diese Folgerung wird auch von keinem Schriftsteller gezogen, vielmehr besteht völlige Einigkeit darüber, daß die Hypothek auch nach dem Zuschlag Wirkungen ausübt. Der Streit dreht sich nur um die Frage, in welcher rechtlichen Gestalt die Hypothek diese Wirkungen ausübt, durch Verwandlung in ein anders geartetes Recht oder in unmittelbarer Fortsetzung des hypothekarischen Rechtes nach dem Zuschlag. Ein völliges Verschwinden der Hypothek im Augenblick des Zuschlages würde auch anderen Gesetzesbestimmungen widersprechen. § 1181 BGB. schreibt vor:

> „Wird der Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt, so erlischt die Hypothek.“

Eine Befriedigung „aus dem Grundstück“ (d. h. aus dem Wert des Grundstücks) findet nur im Wege der Zwangsvollstreckung statt. Im Zwangsversteigerungsverfahren erfolgt die Befriedigung der Grundpfandgläubiger jedoch nicht schon mit dem Zuschlag, sondern

---

[94]) a. a. O., S. 1094.

[95]) Strohal, a. a. O., S. 159; Thelen, a. a. O., S. 1094; RGR. Kom. § 1168 Anm. 1.

erst mit der Auskehrung des ihrer Forderung entsprechenden Erlösteiles. Diese erfolgt im Verteilungstermin. Bis zum Verteilungstermin muß daher die Hypothek in irgend einer Form bestehen bleiben, ein Verschwinden der Hypothek bereits beim Zuschlag würde mit § 1181 BGB. nicht zu vereinen sein. Der Begriff des „Erlöschens“ muß daher in § 91 ZVG. ein anderer sein als in § 1181 BGB.

Da also der Wortlaut des § 91 ZVG. keinen genügenden Anhaltspunkt für eine Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmung bietet, muß auf den Sinn der Vorschrift eingegangen werden. Durch § 91 ZVG. soll erreicht werden, daß der Ersteher des Grundstücks im Augenblick des Zuschlages lastenfreies Eigentum erwirbt (mit Ausnahme der Belastungen, die auf Grund besonderer Bestimmungen bestehen bleiben). Es soll also durch § 91 ZVG. nur das Grundstück von den dinglichen Grundpfandrechten befreit werden, was aber nicht bedeutet, daß diese Rechte überhaupt zu bestehen aufhören. Im Gegenteil, um ihren Zweck erfüllen zu können, müssen diese Rechte in irgend einer Form bis zum Verteilungstermin bestehen bleiben.

§ 91 ZVG. ist daher offenbar ungenau gefaßt, es müssen hinter „erlöschen“ die Worte „am Grundstück“ eingefügt werden, dann ist der Sinn der Vorschrift [96]) klar. Die ungenaue Fassung des § 91 wird auch von manchen Gegnern Jaeckel-Güthes erkannt [97]).

Faßt man aber § 91 ZVG. in der angegebenen Weise auf, dann ist diese Bestimmung mit der Theorie Jaeckel-Güthes ohne weiteres vereinbar, denn die Tatsache, daß die Beziehung der Hypothek zum Grundstück mit dem Zuschlag ihr Ende findet, daß also die Hypothek am Grundstück erlischt, wird auch von Jaeckel-Güthe nicht bestritten. Wenn aber das hypothekarische Recht durch den Zuschlag nur am Grundstück erlischt, so kann es trotzdem am Erlös unverändert fortbestehen, da dieser jetzt Träger des durch die Hypothek gebundenen Grundstückswertes ist.

Von anderen Gegnern Jaeckel-Güthes wird auf die Bestimmung des § 92 ZVG. hingewiesen und ausgeführt: [98])

> „Wollte man das Ersatzrecht nach dem Zuschlag als ein Hypothekenrecht ansehen, so müßte man folgerichtig auch den Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös, der nach § 92 ZVG. an die Stelle eines nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichteten, durch den Zuschlag erlöschenden Rechtes tritt, als ein Recht an einem Grundstück, mithin z. B. den an die Stelle einer Grunddienstbarkeit tretenden Wertersatzanspruch als Grunddienstbarkeit erachten.“

Diese Anschauung ist jedoch irrig. Durch § 92 ZVG. ist für diese Rechte die Veränderung ihrer Natur gerade gesetzlich festgelegt, und zwar mit Rücksicht darauf, daß sie in ihrer ursprünglichen Gestalt

---

[96]) vgl. auch Meiser, a. a. O. S. 793, Anm. 34; Jaeckel-Güthe, § 91 Anm. 2; Güthe-Triebel, Anm. 17 zu § 22 drückt sich unglücklich aus, wenn er sagt, daß die „Hypothek, trotzdem sie durch den Zuschlag erloschen ist, kraft des Surrogationsprinzips fortbesteht.“ Es muß heißen: „am Grundstück erloschen“, sonst wäre ein Fortbestand nicht denkbar.

[97]) So Reinhard-Müller, § 91 Anm. 1; Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, S. 379, Anm. 1; Thelen, a. a. O., S. 1093; RG. Bd. 88, S. 300 ff.

[98]) RGR. Kom. Anm. 1 zu § 1168, ähnlich: RG. Band 76, Seite 377.

nur an Grundstücken bestehen können. Sie müssen notwendigerweise bei einer Aenderung des Haftungsgegenstandes auch ihre Natur verändern.

Dies ist bei den Grundpfandrechten nicht erforderlich. Für sie ist eine Veränderung nirgends gesetzlich vorgeschrieben. Gerade das Fehlen einer dem § 92 ZVG. entsprechenden Vorschrift bildet ein Argument für die Richtigkeit der Jaeckel-Gütheschen Theorie [99]), denn zweifellos würde die Rechtsnatur der Grundpfandrechte nach dem Zuschlag im Gesetz ebenso geregelt worden sein, wie sie hinsichtlich der in § 92 ZVG. genannten Rechte geregelt ist, wenn die Grundpfandrechte eine Aenderung ihres Wesens durch den Zuschlag erfahren sollten.

Schließlich wendet sich Thelen [100]) noch gegen die Annahme einer Trennung von Grundstück und Grundstückswert und meint, wenn diese Möglichkeit gegeben wäre, dann müßte folgerichtig von dem Zeitpunkt der Trennung ab das Grundstück selbst wertlos sein.

Das ist in dieser Formulierung natürlich nicht richtig, das Grundstück behält objektiv seinen Wert. Aber für den Hypothekengläubiger wird es wertlos, weil er mit dem Zuschlag jede Beziehung zum Grundstück verliert. Ihn interessiert das Grundstück nur insoweit, als es Träger eines Wertes ist, der ihm zur Sicherung seiner Forderung haftet. Dieser gebundene Wert hat nach dem Zuschlag die Form des Erlöses angenommen. Das Grundstück scheidet in diesem Augenblick aus dem rechtlichen Gebiet der Hypothek aus. Für den Gläubiger der Hypothek büßt das Grundstück daher tatsächlich seinen Wert ein, weil dem Gläubiger eine Möglichkeit, den objektiv noch vorhandenen Wert des Grundstücks für sich in Anspruch zu nehmen, nicht mehr gegeben ist. Auch dieses Argument Thelens ist daher nicht geeignet, die Jaeckel-Gütheſche Theorie zu widerlegen.

3. Die Stellungnahme der Praxis zu diesem Problem.

Bislang sind nur die Ansichten der verschiedenen Schriftsteller betrachtet und gewürdigt worden. Auf die Stellungnahme der Rechtsprechung ist nicht näher eingegangen worden, weil zunächst die verschiedenen, über die Rechtsnatur der Hypothek nach dem Zuschlag bestehenden Ansichten klargelegt sein mußten, ehe auf die Ergebnisse der Rechtsprechung eingegangen werden konnte. Es zeigt sich nämlich, daß die Rechtsprechung selbst des höchsten Gerichtshofes in dieser Frage ziemlich uneinheitlich ist. Es ist von den Gerichten mehr Wert auf die Billigkeit der Entscheidung im Einzelfall gelegt worden als auf eine grundsätzliche Festlegung auf eine bestimmte Theorie. So kommt es, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte bald für die eine, bald mehr für die andere in Schrifttum aufgestellte Theorie zu sprechen scheinen, zumal häufig nur ein Rückschluß aus den vom Gericht gezogenen Folgerungen auf die von ihm eingenommene theoretische Stellungnahme möglich ist. Es ist daher fast jeder Theoretiker in der Lage, sich zur Stützung seiner Anschauung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts oder eines Oberlandesgerichts zu beziehen.

---

[99]) Wenz-Wagner, Anm. 1 zu § 92.
[100]) a. a. O., Seite 1094.

Die erste Entscheidung des Reichsgerichts über die genannten Fragen findet sich in Bd. 40, S. 395, der Entscheidungssammlung. Sie stammt aus dem Jahre 1897, bezieht sich also auf das alte Recht. Das Reichsgericht vertritt hier den Standpunkt, daß die Hypothek nach dem Zuschlag zu einer Forderung gegen den Subhastaten werde [101]). Mit den neuen 1900 in Kraft getretenen Recht befaßt das Reichsgericht sich zuerst in Bd. 55 in zwei Entscheidungen, die auf den ersten Blick widerspruchsvoll erscheinen. In der ersten Entscheidung vom 15. VI. 1903, S. 223, wird unter Aufhebung eines oberlandesgerichtlichen Urteils [102]) ausgeführt, daß bei einer Höchsthypothek die Differenz zwischen dem Bestand der gesicherten Forderungen und dem Höchstbetrag auch nach dem Zuschlag an den Subhastaten falle. Es erklärt also offenbar § 1163 BGB. hier für anwendbar nach dem Zuschlag und sagt wörtlich:

> „Es ist eben nicht beachtet, daß der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks tritt und daß vermöge dieser Surrogation dieselben Ansprüche, die aus dem Grundstück ihre Befriedigung hätten suchen dürfen, nun an dem Versteigerungserlöse haften und aus ihm zu befriedigen sind."

Während diese Ausführungen für einen unveränderten Fortbestand des Rechtes zu sprechen scheinen, erklärt derselbe (V.) Senat des Reichsgerichts in der zweiten Entscheidung desselben Bandes vom 8. VII. 1903, S. 264 deutlich, daß durch den Zuschlag eine Aenderung im Wesen des Rechtes stattgefunden habe [103]). Da das Recht nach dem Zuschlag kein Hypothekenrecht mehr sei, hätten auch die Vorschriften des Hypothekenrechts keine Gültigkeit mehr, sodaß im Falle eines Verzichts des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös § 1168 BGB. nicht anwendbar sei. Eine nähere Erläuterung des Wesens des Ersatzrechtes gibt das Reichsgericht allerdings nicht. Dieser Unterschied in der Anwendung der §§ 1163 und 1168 BGB. ist auffallend und erscheint zunächst widerspruchsvoll [104]), zumal da, wie schon oben betont, die materiellen Vorschriften des Hypothekenrechts ein in sich geschlossenes Ganzes bilden.

Der Widerspruch zwischen beiden Entscheidungen erklärt sich jedoch dadurch, daß es sich bei der ersten Entscheidung auf S. 223 um eine Höchsthypothek handelte, die damals noch vom Reichsgericht als eine ursprüngliche Gläubigerhypothek angesehen wurde, die sich nach der Feststellung in Höhe des nicht valutierten Betrages in eine Grundschuld des Eigentümers z. Zt. der Bestellung der Hypothek

---

[101]) Trotz des Wortlautes: „. . . . der Erlös tritt derart an die Stelle des bisherigen Pfandgegenstandes, daß die Hypotheken nunmehr auf dem Erlöse beruhen." Dieser Satz, der für die Jaeckel-Güthe'sche Theorie spricht, wird durch nachfolgende Ausführungen seiner Bedeutung beraubt. Ebenso: Bd. 43, S. 425.

[102]) OLG. Dresden, Zbl. FG. Bd. 3 S. 466. Das OLG. hatte mit der Begründung, daß § 1163 BGB. nach dem Erlöschen der Hypothek durch den Zuschlag keine Anwendung mehr finden könne, die bei der Höchsthypothek freiwerdende Differenz nachstehenden Gläubigern zugesprochen. Auch das OLG. hält aber die Höchsthypothek noch für eine ursprüngliche Gläubigerhypothek.

[103]) Ebenso Bd. 60, S. 253.

[104]) vgl. Oberneck, RGBR. Bd. 2, S. 52.

verwandelt. Diese Eigentümergrundschuld wurde als von Anfang an dem Eigentümer zustehend angesehen. Daran änderte auch der Zuschlag nichts. Wurde also im Verteilungstermin festgestellt, daß keine gesicherten Forderungen zu Gunsten des Hypothekengläubigers entstanden seien, dann ging der Anspruch auf den Versteigerungserlös, den der Hypothekengläubiger bisher hatte, auf den Subhastaten über. Denn da die Wirkung der Feststellung ex tunc auf den Augenblick der Bestellung der Hypothek zurückging, so wurde nun fingiert, daß dem Eigentümer von Anfang an eine Eigentümergrundschuld gemäß § 1163 BGB. und daher auch der Anspruch auf den darauf entfallenden Teil des Versteigerungserlöses zugestanden habe.

Anders im Falle des § 1168 (Entsch. S. 264); hier entsteht die Eigentümergrundschuld mit Wirkung ex nunc im Augenblick des Verzichts, also nach dem Zuschlag und damit zu einer Zeit, wo § 1168 infolge der Wesensänderung des hypothekarischen Rechts seine Gültigkeit verloren hatte [105]).

Aus dieser Erklärung ergibt sich, daß aus der Entscheidung Band 55, S. 223, keine Schlüsse auf die Natur des Hypothekenrechts nach dem Zuschlag gezogen werden können, sie bleibt verständlich auch bei der Annahme einer Aenderung des hypothekarischen Rechtes nach dem Zuschlag.

In den folgenden Entscheidungen spricht das Reichsgericht weiterhin davon, daß die Hypothek sich durch den Zuschlag in ein „Recht" oder in einen „Anspruch" auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös aufgelöst habe, ohne über die Natur dieses Rechtes nähere positive Angaben zu machen [106]). Es wird lediglich negativ die Ansicht bekämpft, daß die Hypothek durch den Zuschlag ohne weiteres zu einem Anspruch gegen den Ersteher werde [107]). Der streng logische Standpunkt aus Bd. 55, S. 264, wird allerdings zu Gunsten der praktischen Erfordernisse schon aufgegeben, indem gesetzliche Vorschriften, die streng genommen nur für die Hypothek geschaffen sind, auch auf das Ersatzrecht für anwendbar erklärt werden [108]).

In den folgenden Entscheidungen schließt sich das Reichsgericht, vor allem hinsichtlich der Erläuterung des Wesens der Hypothek, weitgehend an Jaeckel-Güthe an, ohne ihm jedoch in vollem Umfange zu folgen. So spricht es in Bd. 69, S. 251 von einem Recht, das materiell gerichtet sei auf Erfüllung des Hypothekenrechts durch Auszahlung des Erlöses. Der Anspruch auf „Zahlung setze sich an der Forderung aus dem Meistgebot fort". Ein solches Recht ist aber, wie Jaeckel-Güthe zutreffend bemerkt, nichts weiter als das Hypothekenrecht selbst in der Gestalt, wie sie sich aus der Durchführung seiner Verwertung in der Zwangsversteigerung ergibt. In Band 70, S. 281, spricht das Reichsgericht davon, daß der Anspruch auf den Erlös gegenüber dem

---

[105]) vgl. Beck a. a. O., S. 121.
[106]) Bd. 64, S. 311; Bd. 63, S. 214; diese Entscheidung erklärt sich jedoch hauptsächlich aus der Anschauung des Reichsgerichts über die Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld. Ferner Bd. 65, S. 418, diese Begründung klingt stark an Jaeckel-Güthe an. Ferner JW. 06, S. 758.
[107]) Bd. 64, S. 311.
[108]) Bd. 65, S. 418.

Hypothekenrecht kein neues Recht sei [109]). In Bd. 71, S. 412 heißt es, ob die Theorie Jaeckel=Güthes richtig sei, könne dahingestellt bleiben, jedenfalls sei das neue Recht die Fortsetzung des alten und denselben [110]) gesetzlichen Vorschriften unterworfen. In Bd. 75, S. 316, wird festgestellt, daß an dem Versteigerungserlös die früheren Rechte und Rechtsbeziehungen fortdauern [111]).

Diese verschiedenen Ausführungen lassen den Schluß zu, daß nach Ansicht des Reichsgerichts das hypothekarische Recht unverändert über den Zuschlag hinaus bestehen bleibt und ohne Aenderung seines Wesens sich an dem Grundstückssurrogat, dem Erlös, fortgesetzt. Das wäre dann der Standpunkt Jaeckel=Güthes.

Eigenartigerweise hat derselbe Senat um die gleiche Zeit [112]) Urteile gefällt, die den obigen Ausführungen schroff widersprechen, indem er, unter Bezugnahme auf die Entscheidung Bd. 55, S. 264, die Anwendbarkeit der §§ 1163, 1168 BGB. auf das Ersatzrecht nach dem Zuschlag verneint [113]).

Im Gegensatz dazu kommt das RG. in Bd. 76, S. 377 (vom 14. VI. 1911) zu dem Ergebnis, daß das Ersatzrecht zwar „den Versteigerungserlös in denselben Grenzen der Befugnisse und Beschränkungen, wie sie für die Hypothek aus dem Stande der Grundstücksbelastungen folgten, ergreife“ trotzdem aber kein Hypothekenrecht mehr sei, vielmehr seine Natur ändere. Damit wird zwar der Standpunkt Jaeckel=Güthes eindeutig abgelehnt, ohne das aber über die Natur dieses Rechtes etwas gesagt würde. Fest steht nur, daß das Ersatzrecht den gleichen gesetzlichen Bestimmungen unterworfen ist, wie es die Hypothek vor dem Zuschlag war, ohne daß erläutert wird, wie diese Uebertragung der Rechtsregeln möglich ist [114]).

Dies geschieht erst in Bd. 88, S. 300, wo von einer „entsprechenden Anwendung“ gesprochen wird. Weiter wird aber auch hier noch nichts über das Wesen des Ersatzrechtes gesagt.

Mit der Entscheidung vom 15. XII. 1920, Bd. 101, S. 120, hat das RG. dann auch diese Frage noch geklärt. Die Ausführungen des Reichsgerichts in dieser Entscheidung ergeben, daß es nunmehr das hypothekarische Recht nach dem Zuschlag als ein dingliches, aus der Hypothek fließendes Recht auf den Versteigerungserlös, also als ein dingliches Recht eigener Art, betrachtet. Dieses dingliche Recht unterliegt

---

[109]) Gerade diese Entscheidung zitiert Reinhard=Müller, § 92 Anm. III, als Beleg für seine Anschauung der Verwandlung der Hypothek in eine Forderung auf den Erlös. Offenbar aber zu Unrecht.

[110]) Dazu OLG. Dresden, Rspr. 34, S. 217.

[111]) Aehnlich diesen Ausführungen auch die in JW. 1908, S. 555.

[112]) Die Urteile in Bd. 69—75 stammen aus den Jahren 1908—1911.

[113]) So Zbl. FG. Bd. 10, S. 269, vom 26. 5. 1909; Gruchot, Bd. 54 S. 1027, vom 11. 6. 1910; Zbl. FG. Bd. 11, S. 256, vom 20. 6. 1910.

[114]) In der nächsten Entscheidung, die diese Frage streift, Bd. 80, Seite 13, heißt es: „ . . . . selbst wenn man annehmen würde, daß sich das Hypothekenrecht in ein Pfandrecht an der Forderung verwandelt habe . . .“
Auf Grund dieses Satzes wird das Reichsgericht unverständlicherweise häufig als Anhänger der Lehre einer Verwandlung des Grundpfandrechtes in ein Forderungspfandrecht zitiert. Das Gegenteil betont das Reichsgericht in Band 88, Seite 300, ausdrücklich.

den materiellen Hypothekenrechtsregeln, die im Wege der Analogie darauf Anwendung finden.

Bei dieser Anschauung ist das Reichsgericht seither stehen geblieben [115]). Sie dürfte also als die gegenwärtige maßgebende Ansicht des Reichsgerichts anzusehen sein.

Die Oberlandesgerichte halten die Hypothek nach dem Zuschlag meistens für eine Forderung gegen den Subhastaten [116]). Nur zwei Oberlandesgerichts-Entscheidungen treten Jaeckel-Güthe bei [117]), ebenso das Landgericht Darmstadt [118]).

IV. Die Höchstbetragshypothek nach dem Verteilungstermin im Zwangsversteigerungsverfahren.

Das Zwangsversteigerungsverfahren schließt mit dem Verteilungstermin ab; §§ 105 ff. ZVG. In ihm erfolgt die Befriedigung der Grundpfandgläubiger durch Auskehrung des auf ihr Pfandrecht entfallenden Teiles des Versteigerungserlöses. Damit erlischt die Hypothek gemäß § 1181 BGB., das hypothekarische Recht hört auf, zu bestehen.

a) Einfluß des Verteilungstermins auf die Höchstbetrags-Hypothek.

Anders ist es jedoch unter Umständen bei der Höchstbetragshypothek. Allerdings herrscht über die Frage, ob im Verteilungstermin die vorbehaltene Feststellung notwendigerweise zu erfolgen habe, in Theorie und Rechtsprechung nicht dieselbe einheitliche Auffassung wie bei den Fragen der Beschlagnahme und des Zuschlags. Die früher herrschende Lehre, die auch heute noch vereinzelt vertreten wird, nahm an, daß mit dem Verteilungstermin das der Höchsthypothek zu Grunde liegende Rechtsverhältnis sein Ende finden müsse, im Verteilungstermin habe die vorbehaltene Feststellung zu erfolgen. Eine ausführliche Begründung gibt kein Vertreter dieser Lehre für seinen Standpunkt. Man geht aber wohl von der Anschauung aus, daß durch den Verteilungstermin das Zwangsversteigerungsverfahren abgeschlossen werden soll, und daß daher bis zu diesem Zeitpunkt klare Rechtsverhältnisse herrschen müssen. Es wird daher nur überall kurz erwähnt, daß z. Zt. des Verteilungstermins feststehen müsse, für welche Forderungen der Gläubiger auf Grund der Hypothek Befriedigung aus

---

[115]) So in Bd. 123, S. 339; Bd. 125, S. 367; Bd. 127, S. 353. In letzterer Entscheidung heißt es: „Die Darlehnshypothek war nicht schon mit dem Zuschlag erloschen, sondern sie bestand nachher am Erlöse fort". Aber in den nächsten Sätzen wird dann auf die Entscheidung im 101. Bd. ausdrücklich Bezug genommen.

[116]) So OLG. Posen, Rspr. 4, S. 379; OLG. Dresden, Seuff. Arch. 59, S. 122; dass. Seuff. Arch. 60, S. 248, OLG. Breslau, Rspr. Bd. 17, S. 358.

[117]) OLG. Königsberg, Seuff. Arch. 65, S. 480; OLG. Dresden, Annal. Sächs. OLG., Bd. 34, S. 217. Diese, den oben zit. Entscheidungen des OLG. Dresden widersprechende Entscheidung ist vom VII. Senat gefällt worden, die andere vom VI. Senat.

[118]) Hess. Rspr. Bd. 12, S. 122.

dem Grundstück verlangen könne [119]). Das Reichsgericht hat die Frage, wann die Feststellung im Zwangsversteigerungsverfahren zu erfolgen habe, seit langem nicht mehr entschieden. In Band 51, S. 119 hat es ohne nähere Begründung erklärt, die Feststellung habe im Verteilungstermin zu erfolgen. In Band 55, S. 222 verweist es nur auf diese Entscheidung, ebenso in Warn. Jahrb. 1917, Nr. 277. Der Entscheidung des Reichsgerichts im 51. Bande lag allerdings ein Fall zu Grunde, bei dem die Parteien kein Interesse mehr an der Fortsetzung des Rechtsverhältnisses hatten.

Der ältere Standpunkt gewinnt überhaupt eine gewisse Berechtigung dadurch, daß die Parteien in der Regel kein Interesse mehr daran haben werden, das Rechtsverhältnis nach einer Zwangsversteigerung des Grundstücks noch fortzusetzen. Wenn der Schuldner so schwer verschuldet ist, daß sein Grundstück zur Zwangsversteigerung kommt, wird der Gläubiger von der Gewährung weiterer Kredite nach Möglichkeit absehen, da er deren Einlösung durch einen solchen Schuldner nicht mehr sicher ist.

Immerhin sind Fälle denkbar, in denen es dem Gläubiger erwünscht oder in denen er verpflichtet ist, das Rechtsverhältnis auch nach dem Verteilungstermin fortzusetzen. Hier wäre es unbillig, dem Gläubiger die Sicherung seiner auch weiterhin wachsenden Rückforderungsansprüche, die durch die Höchsthypothek erfolgt, zu entziehen, bevor der Höchstbetrag der Hypothek erreicht ist. Der Eigentümer könnte sogar dadurch, daß er das Grundstück zur Zwangsversteigerung bringt, die Sicherung des Hypothekars vereiteln [120]).

Es ist ferner zu bedenken, daß noch Zinsen auflaufen können, falls im Verteilungstermin die Hypothek nicht sofort bar ausbezahlt wird. Die Zinsen werden durch die Hypothek mit gesichert und in den Höchstbetrag eingerechnet (§ 1190 Abs. 2) [121]). Mit der Feststellung verliert § 1190 Abs. 2 seine Wirksamkeit. Es tritt nunmehr § 1118 an seine Stelle, da die Hypothek des Gläubigers mit der Feststellung zu einer festen Hypothek wird [122]). Diese andere Sicherung der Zinsen kann aber dem Gläubiger unter Umständen gar nicht erwünscht sein.

In allen diesen Fällen besteht also auf Seiten des Gläubigers kein Interesse daran, die Höhe der durch die Hypothek gesicherten Forderungen z. Zt. des Verteilungstermins festzustellen. Die Feststellung würde daher von amtswegen ohne Veranlassung eines Vertragsteils geschehen, was, wie oben dargelegt, unzulässig ist.

---

[119]) Planck, Bem. 6a zu § 1190; RGR. Kom. Bem. 1 zu § 1190; Biermann Bem. 4b zu § 1190; Goldmann-Lilienthal, § 81, II 1 und Anm. 51; Turnau-Förster Anm. I 10 zu § 1190; Schreiber, Sächs. Arch. S. 334; Achilles-Greif, Anm. 8 zu § 1190, Obernek, Grundbuchrecht, § 158 II; OLG. Rspr. 4, 195; OLG. Zbl. FG., 3, S. 466; als neuester Vertreter dieser Lehre Bourier, a. a. O.

[120]) vgl. OLG. Rspr. 31, S. 194.

[121]) vgl. Kretzschmar, Sachenrecht, Anm. 6 zu § 1190. Ferner hierzu OLG. Dresden in Zbl. FG. 3, 466. Das OLG. erkennt hier richtig die Bedeutung der Zinsenfrage für die Feststellung. Trotzdem kommt es allerdings zu dem Schluß, daß im Verteilungstermin die Feststellung zu erfolgen habe. Seine Ausführungen sind nicht recht einleuchtend.

[122]) Grundbuchrechtlich bleibt die Höchstbetragshypothek allerdings Höchsthypothek, bis eine Umschreibung in eine feste Hypothek erfolgt ist.

Die ältere Ansicht verkennt außerdem die Aufgabe des Versteigerungsrichters. Er hat lediglich unbestritten feststehende Ansprüche in den Teilungsplan einzusetzen. Bestehen über die Höhe eines Anspruchs Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten, so hat er den auf diesen Anspruch entfallenden Betrag bis zur Entscheidung über die Höhe zu hinterlegen. Solange aber bei einer Höchsthypothek der Betrag der Forderungen des Gläubigers nicht festgestellt ist, was eben nur durch Vertrag oder Urteil geschehen kann, ist ihre Höhe zweifelhaft. Der Zwangsversteigerungsrichter kann daher den auf die Höchsthypothek entfallenden Betrag nur hinterlegen, nicht aber über die Höhe der zu Grunde liegenden Forderungen entscheiden.

Schließlich findet sich für die ältere Ansicht, daß im Versteigerungstermin die vorbehaltene Feststellung zu erfolgen habe, auch im Gesetz nicht die geringste Stütze. Die Feststellung hängt also auch weiterhin nur vom Willen der Vertragspartner ab, der Verteilungstermin hat keinen Einfluß auf das „veränderliche Rechtsverhältnis". Durch den Verteilungstermin wird das Entstehen neuer gesicherter Forderungen nicht gehindert. Diese Ansicht kann wohl als die herrschende bezeichnete werden[123]. Sie entspricht auch dem praktischen Bedürfnis, da der Gläubiger nach ihr nicht gezwungen wird, seine Sicherung vorzeitig aufzugeben.

Liquidiert allerdings der Gläubiger im Verteilungstermin die Hypothek in Höhe seiner bis dahin entstandenen Forderungen, so ist das der Feststellung gleichzuachten. Die Differenz zwischen dem Höchstbetrag der Hypothek und der Summe der Forderungen des Gläubigers wird für den Subhastaten frei. Ebensowenig, wie vor dem Zuschlag die Differenz zwischen der Hypothek des Gläubigers und dem Höchstbetrage als Höchstbetragshypothek weiter bestehen bleiben kann, kann nach dem Zuschlag diese Differenz dem Gläubiger weiter haften, wenn die Feststellung erfolgt ist[124].

b) Das höchsthypothekarische Recht im Falle der Hinterlegung des auf die Höchsthypothek entfallenden Erlösteiles nach dem Verteilungstermin.

Verlangt der Gläubiger jedoch die Feststellung nicht, so ist z. Zt. des Verteilungstermins noch unbestimmt, in welcher Höhe das höchsthypothekarische Recht bei Vornahme der Feststellung in Zukunft dem Gläubiger oder dem Subhastaten zufallen wird. Die Ansprüche, die sie einmal auf den auf die Höchsthypothek entfallenden Erlösteil haben werden, sind daher noch unbestimmt. Nach § 14 ZVG. gelten diese

---

[123]) Jaeckel-Güthe, Bem. 6 zu § 114; Reinhard-Müller, Bem. V, 5e zu § 114, Steiner, Bem. 2 zu § 119; Güthe-Triebel II, S. 1706; Sternberg Iherings Jahrb. 62, S. 472; Werneburg Holdh. M. Schr., S. 182; ders. Bad. Not. Zschr. S. 100; Reinhard, Recht, 22. Jahrg., S. 359; Oertel a. a. O. S. 189 ff., Hirsch a. a. O. S. 243; Kretzschmar, § 71, IV; ders. Zbl. FG. 4, S. 195; ebenda 15, S. 42, und Anm. zu Nr. 526; ders. Seuff. Bl. 72, S. 43; ders. Sachenrecht, Anm. 6 zu § 1190; Lafrenz, Gruch. 46, S. 335; OLG. Rspr. 31, S. 194.

[124]) Kretzschmar nimmt das irrtümlicherweise in Seuff. Bl., Bd. 72, S. 45 an. In seinem Lehrbuch, S. 225, kommt er allerdings zu den hier gefundenen Ergebnissen.

Ansprüche als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages [125]). Gemäß § 120 ZVG. ist daher der auf die gesamte Höchsthypothek entfallende Erlösteil zu hinterlegen mit der Maßgabe:

> „Daß der Betrag zuzuteilen sei dem Gläubiger, unter der Bedingung, daß die Forderung, für welche das Grundstück kraft der Hypothek haftet, festgestellt werde, anderenfalls dem Subhastaten."

Auch durch diese Hinterlegung verschwindet das hypothekarische Recht nicht. Der Grundstückswert, der durch die Hypothek zur Sicherung für den Gläubiger dinglich gebunden war, besteht fort in Gestalt des hinterlegten Erlöses. Die Beziehung, zwischen dem Gläubiger und dem hinterlegten Erlös bildet das gleiche, hypothekarische, dingliche Sicherungsrecht, auf das die materiellen Hypothekenrechtsregeln Anwendung finden.

Mag auch der Erlös körperlich untergehen, indem die einzelnen Geldstücke (z. B. nach der preußischen Hinterlegungsordnung) in das Eigentum des Staates übergehen, so ist, im Wege der Surrogation, an die Stelle des Barbetrages nunmehr das Staatsvermögen als Träger des Grundstückswertes getreten. Die Beziehung zu diesem neuen Träger des Grundstückswertes ist der Anspruch auf Auskehrung des Erlöses an den Berechtigten und in dieser Gestalt lebt das alte, hypothekarische, dingliche Recht weiter als ein Gesamtanspruch auf Auszahlung des Erlöses, innerhalb dessen das „veränderliche Rechtsverhältnis" fortbesteht in Gestalt eines Anspruchs des Gläubigers auf den Teil des Erlöses, der der Höhe seiner Forderungen aus dem zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft entspricht, eines Anspruchs des Subhastaten auf die Differenz zwischen dem Anspruch des Gläubigers und der Gesamthöhe des hinterlegten Erlöses. Dieses „veränderliche Rechtsverhältnis" kann auch jetzt noch nicht durch Eingriffe von außen, etwa durch eine Pfändung des Anspruchs des Subhastaten durch einen Dritten, zum Stillstand gebracht werden, sondern nur durch Feststellungsvertrag zwischen Gläubiger und Subhastat. Eine Klage des Gläubigers gegen den Subhastaten auf Einwilligung in die Auszahlung des ihm bis zur Klageerhebung zustehenden Erlösteiles enthält allerdings ebenfalls die Feststellung, wie vor dem Zuschlag eine Klage auf Einwilligung in die Umschreibung des valutierten Teiles der Höchsthypotheken in eine gewöhnliche Hypothek auch die Feststellung enthalten hätte, sodaß mit Erhebung dieser Klage das „veränderliche Rechtsverhältnis" starr und die Differenz für den Subhastaten frei würde. Nur auf Grund vertraglicher Vereinbarung könnte das „veränderliche Rechtsverhältnis" bezüglich des Restes erhalten bleiben.

Damit ist eine einwandfreie theoretische Grundlage gegeben für die Fortexistenz der dinglichen Sicherung der Höchsthypothek auch über den Endpunkt der Zwangsversteigerung hinaus. Dieses Fortbestehen aber wird vielfach praktischen Notwendigkeiten entsprechen. Man denke nur an den Fall, daß ein Gläubiger mit einem Schuldner einen langfristigen Kredit — oder Rentenvertrag abgeschlossen hat im Vertrauen darauf, daß eine für ihn bestellte Höchstbetragshypothek seine

---

[125]) vergl. Kretzschmar, Lehrb. S. 255.

Rückforderungsansprüche sichert. Unter Umständen ist der Gläubiger trotz Zwangsversteigerung des Grundstücks und Vermögensverfalles des Schuldners an seinen Vertrag gebunden. Es wäre im höchsten Grade unbillig und unvereinbar mit dem Zweck der Höchsthypotheken, wenn ihm nun plötzlich die Sicherung für seine Zahlungen entzogen würde. Ebenso gibt es Fälle, in denen der Hypothekengläubiger auf Grund gesetzlicher Vorschriften (z. B. nach der Fürsorgepflichtverordnung vom 13. II. 1924) zur Weiterzahlung von Beträgen an den Schuldner trotz Vermögensverfalls verpflichtet ist. Auch hier würde es unbillig sein, wenn dem Gläubiger die Ausnutzung der Hypothek vorzeitig unmöglich gemacht würde. Tatsächlich ist denn auch in der Praxis bisher schon meist so verfahren worden, daß der auf die Höchsthypothek entfallende Teil des Erlöses im Verteilungstermin hinterlegt wurde, und für die Auskehrung an den Gläubiger der Stand seiner Forderungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis maßgebend war, während der Rest an den Subhastaten ausgekehrt wurde. Dieses, den praktischen Bedürfnissen gerecht werdende Verfahren läßt sich mit dem theoretischen Aufbau des Gesetzes nur dann vereinbaren, wenn den Entscheidungen die Jaeckel-Güthesche Ansicht über die Rechtsnatur der Hypothek nach dem Zuschlag zu Grunde gelegt wird. In allen anderen Fällen ermangeln die Entscheidungen einer logisch einwandfreien theoretischen Grundlage. Es sind also die im folgenden zusammengestellten, in dieser Arbeit gefundenen Grundsätze zu beachten.

V. Zusammenstellung der gefundenen Ergebnisse.

1.) Die Höchsthypothek ist eine unbedingte Belastung des Grundstückes in Höhe des Höchstbetrages.

2.) Innerhalb dieser festen Belastung besteht ein „veränderliches Rechtsverhältnis", eine Fremdhypothek in Höhe des jeweiligen Bestandes an Forderungen des Gläubigers aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, eine Eigentümergrundschuld in Höhe der Differenz zwischen Höchstbetrag und Fremdhypothek des Gläubigers.

3.) Dieses „veränderliche Rechtsverhältnis" wird starr und verliert seine Beweglichkeit durch die Feststellung, die nur durch Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger oder durch Urteil erfolgen kann.

4.) Das Zwangsversteigerungsverfahren hat keinen Einfluß auf das „veränderliche Rechtsverhältnis".

a) Die Beschlagnahme übt keine Wirkung auf die Höchsthypothek aus.

b) Durch den Zuschlag erlischt die Hypothek am Grundstück. Im Wege der Surrogation tritt an die Stelle des Grundstücks der Erlös und an ihm setzt die Hypothek sich fort, ohne ihre Rechtsnatur zu ändern. Die Hypothek haftet am Grundstückswert und besteht fort, solange dieser noch vorhanden ist, gleichgültig, in welcher Form.

c) Auch der Verteilungstermin bringt das „veränderliche Rechtsverhältnis" nicht ohne weiteres zum Erstarren. Wird der auf die Höchsthypothek entfallende Teil des Erlöses hinterlegt, so findet der Grundstückswert einen neuen Träger in Gestalt des Staatsvermögens, das im Wege der Surrogation an die Stelle des bisherigen Trägers, des Erlöses, tritt. An ihm setzt sich das höchsthypothekarische Recht, in seinem Wesen unverändert, fort, bis der Gläubiger durch Klage auf Auszahlung des auf ihn entfallenden Anteiles die Feststellung herbeiführt.

5.) Die Höchstbetragshypothek bleibt also bis zur Feststellung unverändert bestehen, und sichert auch während und nach der Zwangsversteigerung trotz ihres „Erlöschens" im Sinne des § 91 ZVG. die neuentstehenden Forderungen des Gläubigers, die aus dem der Hypothekenbestellung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis entspringen.

Lebenslauf.

Am 29. September 1908 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Adalbert Oskar Ernst Korff und seiner Ehefrau Isa, geb. Rösing, zu Bremen geboren. Beide Eltern entstammen rein arischen Familien.

Nach 3jähriger Vorbereitung in einer privaten Vorschule besuchte ich seit Ostern 1918 das Kaiser Friedrich Reform-Realgymnasium zu Bremen. Ostern 1927 bestand ich die Reifeprüfung und wandte mich daraufhin dem juristischen Studium zu. Ich besuchte 5 Semester die Universität Freiburg / Brg., 1 Semester die Universität München und 5 Semester die Universität Bonn, und bestand am 13. August 1932 die erste juristische Staatsprüfung vor dem juristischen Prüfungsamt in Köln. Seit dem 13. September 1932 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst am Amts- und Landgericht Bremen und bin augenblicklich der Strafkammer überwiesen.

Bremen, den 14. April 1934.

Literaturverzeichnis.

A. Kommentare.

a) zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

Achilles-Greif: BGB. mit Anmerkungen, 13. Aufl. 1930.
Biermann: Kommentar zum BGB., 3. Aufl. 1914, Sachenrecht.
Fuchs: Grundbuchrechtlicher Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. und zur Grundbuchordnung, Bd. I, materielles Grundbuchrecht, 1902.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB., 2. Aufl. 1932.
Oertmann: Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen 5. Aufl. 1928.
Plancks Kommentar zum BGB., 4. Aufl. 1920.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 7. Aufl. 1929.
Staudingers Kommentar zum BGB., 9. Aufl. 1926 ff.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, I. Bd., Sachenrecht, 3. Aufl. 1906.
Warneyers Kommentar zum BGB., 2. Aufl. 1930.

b) zum Zwangsversteigerungsgesetz:

Fischer-Schäfer: Kommentar zum ZVG., 2. Aufl. 1910.
Jaeckel-Güthe: Kommentar zum ZVG., 6. Aufl. 1929.
von der Pfordten: Kommentar zum ZVG., 1905.
Reinhard-Müller: Kommentar zum ZVG., 3. u. 4. Aufl. 1931.
Samter: Handbuch zum Verfahren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1904.
Steiner: Kommentar zum ZVG., 4. Aufl. 1929.
Wenz-Wagner: Handbuch für die Zwangsversteigerung, 5. Aufl. 1918.
Wolff, Theodor: Kommentar zum ZVG., 3. Aufl. 1909.

c) zur Zivilprozeßordnung:

Foerster-Kann: ZPO., 3. Aufl. 1926.
Gaupp-Stein-Jonas: ZPO., 14. Aufl. 1929.
Seuffert: ZPO., 11. Aufl. 1911, 12. Aufl. 1933.
Struckmann-Koch: ZPO., 9. Aufl. 1910.
Sydow-Busch-Krantz: Handkommentar zur ZPO., 20. Aufl. 1930.

d) Sonstige.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das deutsche Reich, 5. Aufl. 1929.
Predari: Die Grundbuchordnung, 2. Aufl.

B. Lehrbücher.

a) zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechtes, III. Bd. Rechte an Sachen und an Rechten, 1905.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. Aufl. 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1900, 9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, III. Bd. Das Sachenrecht, von M. Wolff, 9. Bearb. 1932.

Gierke: Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Sachenrecht 1905.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, II. Bd. Sachenrecht, 1912.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des BGB. 1906.

Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, I. Bd., 2. Aufl., 1904.

Nußbaum: Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, 2. Aufl., 1921.

b) zum Zwangsversteigerungsgesetz:

Hein: Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1914.

Kretzschmar: Reichsgesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1904.

c) Sonstige:

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., 1909.

C. Sonstige Literatur.

Abenheimer: Pfändung des nicht valutierten Teils von Höchstbetragshypotheken, JW. 55. Jahrg., Heft 21.

Abbahs: Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB., in Jherings Jahrb., Bd. 50, S. 373.

Beck: Die Maximaleigentümerhypothek des BGB., 1910.

Bergk: Uebertragung und Pfändung künftiger Rechte, 1912.

Bourier: Eigentümergrundschuld bei nicht valutierter Höchstbetragshypothek, Bayer. Not. Z. 1931, S. 285.

Brachvogel: Die Höchstbetragshypothek ein subjektiv-alternatives dingliches Recht? D. Not. V. 1926, S. 274.

Braun: Das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek, Diss. Breslau 1908.

Bruck: Die Eigentümerhypothek, Fischers Abhandl. Band 10, 1903.

Buhe: Pfändung von Eigentümergrundschulden, DJZ. 1905, S. 1116.

Du Chesne: Das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers, DJZ. 1905, S. 803.

ders.: Die nicht valutierte Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren, Zsch. Rspr. in Bayern. 1905, S. 257.

ders.: Die Aufrechnungsbefugnis des Erstehers gegenüber dem Eigentümergrundschuldberechtigten. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des KG. (zit. KG. Bl.) 1906, S. 105.

ders.: Die nur prozessual geschützten Privatinteressen, Pos. Mon. Schr. 1907, S. 2.

ders.: Hypotheken für bedingte Forderungen und Höchsthypotheken. Bad. Not. Z., 1909, S. 13.

ders.: Die Pfändung des Zwangsversteigerungserlöses, Seuff. Bl. Bd. 70, S. 513.

ders.: Das Grundrecht, Sächs. Arch. f. bürg. R., Bd. 15, S. 157.

Eccius: Noch einmal die ins Freie fallende Grundschuld, Gruch. Beitr. 51, S. 162.

Güthe: Bedarf es einer Gesetzesänderung, um den Bauhandwerkern genügenden Schutz zu verleihen?
D. Not. V. 1907, S. 77 ff.

ders.: Wie ist die nicht valutierte Grundschuld im Falle der Zwangsversteigerung zu behandeln? DJZ. 1908, S. 929.
ders.: Die Fassung des Pfändungsbeschlusses im Falle der Pfändung einer Eigentümerhypothek. Seuff. Bl. Bd. 76, S. 611.
Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl., 1900.
Herold: Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken, Zbl. FG. Bd. 4, S. 695.
Hirsch: Die vorläufige Eigentümerhypothek, Arch. Bürg. R. Bd. 25, S. 222.
ders.: Die Uebertragung der Rechtsausübung 1910.
Horn: Die Eigentümerhypothek, Heft 9 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 1906.
Huth: Die Umwandlung und Teilung der Höchsthypothek, D. Not. V., Bd. 11, S. 359.
Jaeckel: Zur Entstehung und Behandlung der Eigentümerhypothek bei der Verteilung in der Zwangsversteigerung, Zbl. FG. Bd. 4, S. 203.
ders.: Zur Streitfrage über die Entstehung der Eigentümerhypothek in der Zwangsversteigerung, Zbl. FG., Bd. 4, S. 279.
ders.: Die nicht valutierte Grundschuld und der Verzicht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse. Gruch. Bd. 50, S. 596.
Kiese: Pfändung der dem Vollstreckungsschuldner zustehenden Ansprüche auf den Uebererlös und aus Eigentümerhypotheken im Zwangsversteigerungsverfahren, Württ. Z., Bd. 1, S. 12.
Kindel: Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. Festgabe für Koch, S. 75 ff.
Kretzschmar: Ein Beitrag zur Lehre von der Eigentümerhypothek, Zbl. FG., Bd. 4, S. 195 ff.
ders.: Die Höchstbetragshypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks und im Konkurse des Bestellers. Zbl. FG. 15. Jahrg. Heft 2.
ders.: Beiträge zum Zwangsversteigerungsrecht, Seuff. Bl., Bd. 72, S. 43.
Lafrenz: Behandlung der Sicherungshypotheken in der Zwangsversteigerung, Gruch. 46, S. 335.
Mayer: Die Pfändung von Eigentümerhypotheken. Gruch. 56, S. 521.
Meiser: Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung, Gruch. 57, S. 769.
Nottebohm: Uebertragung der durch Zuschlag gemäß § 91 ZVG. „erloschenen" Briefhypothek mittels Rechtsgeschäfts und Zwangsvollstreckung. Zbl. FG. Bd. 12, S. 361.
Oberneck: Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. Gruch. 47, S. 306.
Oertel: Die Maximalhypothek im deutschen bürgerlichen Recht, Diss. 1908.
Pringsheim: Wesen und Form der Vereinbarung des § 91 Abs. 2 ZVG., Zbl. FG. Nr. 13, S. 585 ff.
Reinhard: Die Höchstbetragshypothek in der Zwangsversteigerung. Recht 22. Jahrg., Nr. 11—12, 19—20.
ders.: Streifzüge durch das Zwangsversteigerungsrecht, Leipz. Z. 1925, S. 759.
Rothenberg: Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung, Arch. Ziv. Prax., 94, S. 265.
Schneider: Erörterungen zur Civilprozeßordnung, Arch. Ziv. Prax., 66 S. 279.
Schreiber: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, I. Bd. 1914.
ders.: Zur Behandlung der sogen. Schleusenbaukautionen, Sächs. Arch. 13, S. 327.

Sternberg: Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung. Jher. Jahrb. 62, S. 377.

Strecker: Sicherungshypothek. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, von Stier-Somlo und Elster, 1928.

Strohal: Die Behandlung der nicht valutierten Grundschuld in der Zwangsversteigerung. Jher. Jahrb. 59, 149.

Thelen: Die Surrogation in der Zwangsversteigerung, Leipz. Z. 1932, S. 1089.

Werneburg: Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung des Grundstücks, Bayer. Not. Z. 1917, S. 377.

ders.: Die Maximalhypothek (Kredithypothek) vor und nach der Beschlagnahme des Grundstücks. Bad. Not. Zschr., 14. Jahrg. Nr. 2 u. 3.

ders.: Die Kautionshypothek im Bankverkehr. Holdh. Mschr., 25. Jahrg. Nr. 9.

Werner: Das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek. Diss. 1909.

D. Zeitschriften und Entscheidungen.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

OLG. Rspr. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

KGJ. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.

Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Warn. Jahrb. = Warneyers Jahrbuch für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Jherings Jahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Gruch. = Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Arch. Ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.

JW. = Juristische Wochenschrift.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

Recht = Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Zbl. FG. = Zentral-Blatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Bad. Not. Ztschr. = Badische Notariats-Zeitschrift.

Holdh. M. Schr. = Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.